Die Anwendung vereinsrechtlicher Normen auf die Handelsgesellschaften.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Rostock,

vorgelegt von

Gerichtsassessor Hans Evertsbusch
aus Oberhausen.

1935

Druck: Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück i. H.

Referent: Professor Dr. Schultze-von Lasaulx.

Tag der mündlichen Prüfung: 18. März 1935.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil.

1. Handelsgesellschaften und handelsrechtliche Gesellschaften . 1
2. Die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften 2
3. Die Ansicht Pinners über die Unanwendbarkeit vereinsrechtlicher Regeln auf die Handelsgesellschaften 8

II. Teil.

Die Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Vorschriften auf die Handelsgesellschaften im einzelnen.

1. Verein und Handelsgesellschaften in der Zeit vor der Eintragung ins Register 10
2. Die Verfassung 12
3. Die Organe des Vereins und der Handelsgesellschaften . . 13
4. Die Mitgliedschaft 29
5. Das Vermögen 33
6. Die Auflösung 35

III. Teil.

Zusammenfassung 47

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher und Kommentare.

Brand: Das Handelsgesetzbuch, 1911.

Brodmann: Kommentar zum Aktienrecht, 1928.

„ Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz, 1930.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 1930.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 1927.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts, 1900.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts, 1902.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, II, 1, II, 2, III, 1, 1930—1934.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1. Abt., 1931.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht, 1895.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches, bearbeitet von Koenige, Teichmann, Köhler, 1929.

Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1928.

Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts, I. Halbband, 1921.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch, 1914.

Liebmann: Kommentar betreffend die Gesellschaften m. b. H., 1921.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 1906.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 1927.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allg. Teil, 1927.

Planck-Knoke: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., 1913.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB., 1. Bd., 1934.

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1932.
Scholz: Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz, 1928.
Staub-Pinner: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I und II, 1932—1933.
Staub-Hachenburg: Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz, 1927.
Staudinger: Kommentar zum BGB., Band I., 1925.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910.
Wieland: Handelsrecht, Band I u. II, 1931.

II. Monographien:

Feine: Die G. m. b. H. in Ehrenbergs Handbuch für das gesamte Handelsrecht, 3. Bd., III. Abteilg., 1929.
Fischer: Die Aktiengesellschaft in Ehrbgs. Hdb. f. d. g. Handelsrecht, 3. Bd., I. Abtlg., 1916.
Geiler: Verein und Gesellschaft in LZ. 1911, Sp. 505 ff.
v. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.
„ Handelsgesellschaftsrecht und Bürgerliches Recht in Arch. für Bürg. Recht, 19, 132 ff.
Haff: Die juristischen Personen des Bürgerlichen und Handelsrechts in ihrer Umbildung in Reichsgerichtspraxis, Band II, S. 178 ff.
Hölder: Natürliche und Juristische Personen, 1905.
Joerges: Zur Lehre vom Miteigentum in Z. f. H. R. 49, 164 ff.
Meurer: Die Juristischen Personen nach Deutschem Reichsrecht, 1901.
Nord: Die Rechte des Aktionärs und die Folgen ihrer Verletzung, 1925.
Preuß: Stellvertretung oder Organschaft in Jher. Jahrb. 44, 471 ff.
Rießer: Besprechung des Staubschen Kommentars in Z. f. H. R. 42, 322.
Risch: Vertretung des Vereins bei mehrgliedrigem Vorstand in Gruch. Beiträge 64, 3 ff.
Rospatt: Zum Begriff Vereinsvorstand in DJZ. 1900, S. 457.
Scholz: Die Fortsetzung der aufgelösten G. m. b. H. und A.-G. in Z. f. H. R. 93, 73 ff.
Schultze-v. Lasaulx: Die Stellung des nichtrechtsfähigen Vereins im Handelsverkehr in Festschr. für Alfred Schultze S. 3 ff.

III. Sonstige Literatur:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (ROHG.)

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I. (Mot.)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1897. (Prot.)

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (OLGR.)

Juristische Wochenschrift. (JW.)

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. (KGJ.)

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. (LZ.)

Das Recht. (Recht).

I. Teil.

1. Handelsgesellschaften und handelsrechtliche Gesellschaften.

Unter den Begriff „Handelsgesellschaften" im Sinne des Themas fassen wir nur diejenigen wirtschaftlichen Unternehmungen, die das Gesetz selbst als Handelsgesellschaften bezeichnet. Es sind dies zunächst die im zweiten Buch des Handelsgesetzbuches genannten: Die Offene Handelsgesellschaft (OHG), §§ 105—160 HGB, die Kommanditgesellschaft (KG), §§ 161—177 HGB, die Aktiengesellschaft (AG), §§ 178—319 HGB und die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), §§ 320—334 HGB. Es zählt weiter hierzu die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die im § 13 Abs. III des „Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung" vom 20. April 1892 ausdrücklich zur Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches erklärt worden ist.

Zu diesen „Handelsgesellschaften im eigentlichen Sinne", wie man sie auch genannt hat, zählt nicht die stille Gesellschaft, die in der Überschrift zum zweiten Buch des Handelsgesetzbuches zwar neben den Handelsgesellschaften aufgeführt, deren Wesen in der Literatur aber sehr umstritten ist. Sie wird teils als Gesellschaft des Handelsrechts, teils als partiarisches Darlehn angesehen[1]. Zu den handelsrechtlichen Gesellschaften gehört ferner die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. (Reichsgesetz vom 1. Mai 1889.) Sie zählt deshalb nicht zu den Handelsgesellschaften im eigentlichen Sinne, weil sie nicht wie diese die Vermehrung ihres Kapitels durch den Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern nur die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder bezweckt. Gleichwohl gilt sie im allgemeinen — soweit das Genossenschaftsgesetz keine Abweichungen enthält — als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches. (§ 17 Gen.-Ges.) Die im alten HGB besonders behandelte

[1] vgl. Wieland I, 467 ff., Dür.-Hach.-Flechth. Anm. 11 zu § 335.

„Gelegenheitsgesellschaft" — die ebenfalls als handelsrechtliche Gesellschaft zu betrachten ist — hat im neuen HGB keine ausdrückliche gesetzliche Regelung mehr gefunden. Derartige Vereinigungen unterstehen nunmehr den Vorschriften der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB), sodaß auch sie aus dem Kreis der Handelsgesellschaften im engeren Sinne ausscheiden. Schließlich scheiden wir die zu den handelsrechtlichen Gesellschaften zu zählende, dem Seerecht angehörende Reederei aus, da diese durch das Gesetz ausdrücklich aus dem Kreis der Handelsgesellschaften im eigentlichen Sinne ausgenommen ist (vgl. § 489 Abs. II HGB). Zu erwähnen ist noch, daß eine mit dem Versailler Vertrag bedeutungslos gewordene Gesellschaft der Gruppe der eigentlichen Handelsgesellschaften zuzuzählen war: Die Kolonialgesellschaft (vgl. § 8 des Gesetzes betreffend die Rechtsverhältnisse der Deutschen Schutzgebiete vom 17. April 1886 in der Fassung vom 19. März 1888).

2. Die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften.

Die herrschende Lehre[2] teilt heute — aufbauend auf der von Beseler begründeten und von Otto von Gierke ausgestalteten Genossenschaftstheorie — die Handelsgesellschaften ihrer rechtlichen Natur nach in zwei Gruppen ein: In die Gruppe der Gesamthandshandelsgesellschaften und in die der Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit. Zur ersteren werden die OHG und die KG, zur letzteren die AG, KGaA und die GmbH gezählt. OHG und KG, so betont diese Lehre, sind individualistisch gestaltete Handelsunternehmen, sie sind abhängig vom Schicksal ihrer Mitglieder, die aber dafür auch ihrem Unternehmen den Stempel ihrer Persönlichkeit in stärkstem Maße aufdrücken, sodaß sie gewissermaßen von der Individualität ihrer Mitglieder leben[3]. Man hat deshalb auch davon gesprochen, daß sie wie erweiterte Privatunternehmen erscheinen[4]. Das Vermögen gehört bei diesen Gesellschaften den Mitgliedern gemeinsam, „zur gesamten Hand". Nach ihrem ganzen Gepräge stellen OHG und KG Abarten der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dar und es ist nur natürlich, wenn der Gesetzgeber sie auch ausdrücklich ergänzend dem Gesellschaftsrecht des BGB unterstellt (vgl. § 105 Abs. II, § 161 Abs. II HGB).

Im Gegensatz dazu bilden AG, KGaA und GmbH kollektivistische Handelsunternehmen, die von dem Wechsel und dem Schicksal ihrer Mitglieder unberührt bleiben. Das Vermögen gehört nicht den

[2] Gierke im Arch. f. Bürgerl. Recht 19, 114 ff., derf. in: Die Gen.-Theorie, S. 37 ff., S. 339 ff., S. 357 ff.; Joerges, Z. f. H. R. 49, 164 ff.; Simon, Z. f. H. R. 49, S. 1 ff.; Lehmann S. 283 ff.; Rießer in DJZ. 1905, S. 132; Lehmann-Hoeniger, S. 228.

[3] Schultze-v. Lasaulx in: Festschrift für Alfred Schultze, S. 16.

[4] Wieland I, S. 397.

Mitgliedern unmittelbar, sondern der Gesellschaft selbst, die also eine „eigene Rechtspersönlichkeit" besitzt. Die Geschäftsführungsbefugnis ist hier nicht wie bei den Gesamthandshandelsgesellschaften grundsätzlich Ausfluß des Mitgliedschaftsrechts, sondern auf Bestellung gegründet[5]. Nur die bestellten Organe betätigen nach außen den Willen der Handelsgesellschaft. Diese zweite Gruppe der Handelsgesellschaften zeigt in ihrer Form deutlich die Verwandtschaft mit dem Verein des bürgerlichen Rechts. Es ist daher auch nur folgerichtig, wenn die herrschende Lehre die Regeln des Vereinsrechts auf diese Gruppe der Handelsgesellschaften subsidiär anwendet[6].

Hat somit die herrschende Lehre zwar einerseits den Einblick in den konstruktiven Bau der Handelsgesellschaften mächtig gefördert[7], so hat sie andererseits doch durch die — fast möchte man sagen übertriebene — Hervorhebung der Formunterschiede zwischen den beiden Gruppen der Handelsgesellschaften eine dem Leben nicht gerecht werdende Scheidewand aufgerichtet[8]. Gegen diese völlige Auseinanderreißung haben sich denn auch in neuerer Zeit mit Recht verschiedene Schriftsteller gewandt. Anknüpfend an die Tatsache, daß sich in Deutschland in der älteren Rechtswissenschaft das Bewußtsein von der Gleichartigkeit der Handelsgesellschaften lebendig erhalten hatte, hat vor allem Wieland[9] den Versuch gemacht, die allen Handelsgesellschaften gemeinsam eignenden Merkmale aufzuzeigen und dadurch zu einer Einheitlichkeit in der Frage nach der Rechtsnatur zu gelangen. Wieland hatte hier ein Vorbild in der romanischen Literatur, die sämtliche Handelsgesellschaften einer einheitlichen Beurteilung unterworfen und nach einheitlichen Gesichtspunkten dargestellt hat. Wieland erreicht in seiner Lehre die Einheitlichkeit der Handelsgesellschaften in ihrem Hauptaufbau dadurch, daß er es einerseits auf den gesellschaftlichen Zusammenschluß bei den bisher von der herrschenden Lehre als Korporationen bezeichneten Aktiengesellschaften abstellt und ihren korporativen Charakter leugnet, damit also die „vereinsähnliche" Gruppe der Handelsgesellschaften zurückführt auf gesellschaftliche Grundelemente. Andererseits läßt er die „gesellschaftliche" Gruppe auf dem Wege zu den mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Gesellschaftsformen vordringen, indem er sie diesen in vollem Maße angleicht[10]. Auf diese Weise kommt Wieland zu einem Ergebnis, das er dahin formuliert: „Sämtliche

[5] Schultze-von Lasaulx a. a. O. S. 16, 17.

[6] vgl. O. v. Gierke im Arch. f. Bürg. Recht 19, 114 ff., Planck, Vorbem. I zu § 21, RGR.-Komm. Erl. 3 Vorb. zu § 21, Staud. Vorb. IV 3. 2 zu Vereine, Müller-Erzb. S. 239, Staub-Hach. S. 69.

[7] Wieland I, S. 402.

[8] derf. S. 400.

[9] Wieland S. 395 ff.

[10] Schultze-v. Lasaulx a. a. O. S. 15 Anm. 50.

Handelsgesellschaften sind Gesellschaften, insofern sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen der Mitglieder ist, juristische Personen, insoweit sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger rechtlich behandelt werden“ [11].

Wieland erhält also für alle Formen der Handelsgesellschaften eine Einheitsformel, indem er sie, ihrem Wesen als „Gesellschaften im eigentlichen Sinne“ entsprechend, in Gegensatz zu den Korporationen bringt und sie daher folgerichtig ausschließlich dem Gesellschaftsrecht unterstellt.

Geiler [12] kommt auf anderm Wege zu demselben Ziel, zu der Einheitsformel. Er geht davon aus, daß die bisher hauptsächlich angeführten Unterscheidungsmerkmale zwischen Verein und Gesellschaft — korporative Organisation und Unabhängigkeit vom Mitgliederbestand auf der einen, Fehlen einer solchen Organisation und geschlossener Mitgliederkreis auf der andern Seite — doch nicht immer mit Sicherheit zu dem Ziele führten, festzustellen, mit welcher Art von Personengemeinschaft man es zu tun habe. Es müsse vielmehr ein weiteres Kriterium beachtet werden und das sei das Verhältnis der Mitglieder zum Gemeinschaftsvermögen. Beim Verein bestehe durchweg keine wirtschaftliche Beteiligung der Mitglieder an diesem Vermögen, was einmal daraus hervorgehe, daß beim rechtsfähigen Verein nicht die Mitglieder, sondern die neben ihnen bestehende Rechtspersönlichkeit Trägerin des Vermögens sei. Zum andern betrachteten aber auch die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins ihren Anteil am Vereinsvermögen als wirtschaftlich ausschließlich dem Verein gehörend und einem Kaufmann z. B., der einem Verein — möge er Rechtsfähigkeit besitzen oder nicht — angehöre, falle es nicht ein, diese wirtschaftliche Beteiligung am Verein in seine Bilanz aufzunehmen. Bei der Gesellschaft dagegen bestehe grundsätzlich diese wirtschaftliche Beteiligung der Mitglieder am Vermögen der Gemeinschaft. Dabei sei es gleichgültig, ob es sich bei dem Vermögensanteil des Mitgliedes um Aktien, um einen Geschäftsanteil einer OHG oder einer GmbH, oder um den Anteil am Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts handle. Daraus ergebe sich aber bezüglich der Rechtsnatur der AG, der GmbH und der KGaA, daß auch diese genannten Handelsgesellschaften als Formen der gesellschaftlichen Beteiligung zur Gruppe der Gesellschaften und nicht zu der der Vereine gehörten [13].

---

[11] Wieland a. a. O. S. 425.

[12] Geiler, Verein und Gesellschaft in LZ. 1911 Sp. 505 ff., derf. bei Dür.-Hach. Einl. zum zweiten Buch des HGB., Anm. 10.

[13] Geiler, LZ. 1911, Sp. 509.

Zu dieser Theorie Geilers ist zunächst zu sagen, daß das Ziel, um dessentwillen sie entwickelt worden ist, — ein treffendes, allgemeingültiges Merkmal für die wichtige Unterscheidung zwischen Verein und Gesellschaft zu haben — nicht absolut erreicht wurde. Geiler selbst hat das eingesehen, indem er zugibt, daß das von ihm herausgestellte Unterscheidungsmerkmal versagt, wenn überhaupt kein Gemeinschaftsvermögen vorhanden ist. In diesem Falle will Geiler dann auf die übrigen Kriterien für die Frage der Auslegung zurückgreifen. Es ist aber nicht einzusehen, warum dann eine Lehre anerkannt werden soll, die im Ergebnis gegenüber der gesetzlichen Normierung als willkürlich erscheint, wie Schultze-v. Lasaulx [14] mit Recht betont. Denn tatsächlich führt die Meinung Geilers dazu, Vereine ohne Gesellschaftsvermögen *immer* als Gesellschaften zu betrachten und weiterhin die Anwendbarkeit des § 22 BGB auf wirtschaftliche Vereine nur dann zuzulassen, wenn die Mitglieder wirtschaftlich *nicht* am Vereinsvermögen beteiligt sind. Daß sich für diese Ansicht im Gesetz selbst aber keine Anhaltspunkte ergeben, ist bereits oben gesagt.

Auf dem von Wieland und Geiler beschrittenen Wege ist es also unmöglich, zu einer Formel zu gelangen, die eine Einheitlichkeit in der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften zeigt. Daß dies aber das Ziel sein muß, ist schon oben angedeutet worden. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die beiden Gruppen der Handelsgesellschaften in einem wichtigen Merkmal übereinstimmen [15]. Als dieses Merkmal muß — trotz allen nicht zu leugnenden Trennungskennzeichen in gesellschaftlicher und korporativer Hinsicht — die *Einheit* und *Geschlossenheit* des Unternehmens angesehen werden, die jede der Handelsgesellschaften auszeichnet. *Haff* [16] hat darauf hingewiesen, daß es den von den Praktikern in der neuesten Zeit geschaffenen Darstellungen des Unternehmensrechtes zu danken sei, wenn sich — ausgehend von der Auffassung des Staates als einer relativen Zweckeinheit — die Erkenntnis Bahn gebrochen habe, daß man auch das Unternehmen als solches unter der allen menschlichen Vereinigungen gemeinsamen Einheitsidee betrachten müsse. Neben dieser durch philosophische und soziologische Betrachtung gewonnenen Erkenntnis von der Einheit des Unternehmens muß aber weiterhin die Einsicht stehen, daß auch die juristische Betrachtung gemeinsames zeigen kann, nämlich die Geschlossenheit des Unternehmens. Diese Geschlossenheit zeigt sich deutlich bei einer Betrachtung des inneren Aufbaus eines Handelsunternehmens [17]. Ein Vergleich der Exponenten der beiden Gruppen — der OHG und der AG — in die-

---

[14] Schultze-v. Las. a. a. O. S. 18.
[15] vgl. hierzu auch Ennecc.-Nipp., I, 1. Anm. 1 a zu § 96.
[16] Haff, RG.-Praxis II, S. 184.
[17] Schultze-v. Lasaulx a. a. O. S. 15 Anm. 50.

ser Hinsicht legt die Merkmale dar, die beiden eigen sind. So ist OHG und AG gemeinsam, daß sie im Handelsverkehr unter einem besonderen Namen — ihrer Firma — auftreten, daß beide aktiv und passiv parteifähig sind, daß bei beiden ein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, das scharf von dem Privatvermögen der Gesellschafter bezw. der Aktionäre geschieden ist (vgl. für die OHG §§ 124 Abs. II, 131 Z. 3 HGB), daß das Gesetz bei beiden von Rechten und Verbindlichkeiten der Gesellschaft als solcher spricht (vgl. für die OHG § 209 KO); zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein eigener Vollstreckungstitel erforderlich (vgl. für die OHG §§ 124 Abs. II, 129 Abs. IV).

Darüber hinaus zeigen sich häufig in noch größerem Maße im Rechtsleben gleichartige Züge im Aufbau dadurch, daß es den Gesellschaftern einer OHG oder KG freisteht, im Gesellschaftsvertrag eine korporative Ausgestaltung der inneren Struktur der Gesellschaft vorzusehen. Eine derartige Organisation kann gegebenenfalls sogar unerläßlich sein[18]. Andererseits wird einer GmbH des öfteren ein Statut zugrunde liegen, in dem das Verhältnis der Gesellschafter zueinander — begünstigt auch schon durch die vermögensrechtliche Gestaltung der GmbH[19] — dem Verhältnis der Gesellschafter einer OHG gleichkommt. Gerade die Freiheit, die der Gesetzgeber den Mitgliedern der genannten Handelsgesellschaften bei der Ausgestaltung der Organisation gelassen hat und die sich darin zeigt, daß die entsprechenden Gesetzesbestimmungen vielfach nichtzwingender Natur sind, ist der Grund dafür, daß einerseits die unterscheidenden Merkmale in starkem Maße verwischt werden, andererseits die gemeinsamen Kriterien deutlich hervortreten.

Scheinen demnach diese gemeinsamen Merkmale auf eine Einheitlichkeit in der Rechtsnatur hinzudeuten, so soll doch nicht verkannt werden, daß die beiden Gruppen der Handelsgesellschaften ihrem *Wesen*, ihrer *Gesamtanlage* nach doch Gesellschaften, bezw. Vereine sind, wie es die herrschende Lehre behauptet und wie es eingangs dargelegt worden ist. Damit scheint die Richtigkeit der Anschauung der herrschenden Lehre erwiesen und der Kampf, der darum ging, zu einer Auffassung zu gelangen, die die trennende Kluft überbrückte, indem sie die beiden Gruppen einander näherte, verloren. Allein, das Ziel lag ja auch nicht darin, die herrschende Lehre und ihre Erkenntnisse gänzlich zu verwerfen und — wie Wieland oder Geiler — sämtliche Handelsgesellschaften auf einen einheitlichen Nenner zu bringen. Die herrschende Lehre mußte vielmehr nur insoweit bekämpft werden, als sie die gemeinsamen Merkmale der beiden Gruppen der Handelsgesellschaften überhaupt

[18] vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 22 des Textes.
[19] vgl. hierzu S. 34, 35 des Textes.

leugnete, nur unterschiedliches sah und dadurch, wie Wieland sagte, eine undurchdringliche Scheidewand errichtete. Diese galt es niederzulegen. Das konnte nur dadurch geschehen, daß neben den wesensbildenden und für die Gesamtanlage entscheidenden Unterschiedsmerkmalen die Kriterien herausgestellt wurden, die die Verwandtschaft aller Handelsgesellschaften in ihrem inneren Aufbau und in der damit geschaffenen Einheit und Geschlossenheit zeigten.

Das Ergebnis, das wir so gewinnen, unterscheidet sich denn auch von dem der andern Theorien. Die Handelsgesellschaften, wie wir sie sehen, scheiden sich weder scharf in zwei Gruppen, noch zählen sie alle zu der einen oder anderen dieser Gruppen, sondern sie bilden — ausgehend von der OHG und aufsteigend über KG, GmbH, KGaA zur AG — eine Stufenfolge [20], und zwar eine Stufenfolge der Gemeinschaftsformen, die bei der Personengemeinschaft — deren handelsrechtliche Verkörperung dem Wesen nach wenigstens die OHG ist — beginnt und die zur Gemeinschaftsperson — deren reinste Verkörperung die AG ist — emporsteigt. Zwischen den einzelnen Gliedern, die diese Stufenfolge bilden, sind jedoch keine scharf gezogenen Grenzen, sondern die Grenzen sind flüssig, können in manchem ineinander übergehen, wie es im vorhergehenden kurz dargelegt worden ist und wie es in der Wirklichkeit — wenn infolge von Gesellschaftsverträgen oder Satzungsbestimmungen die unterscheidenden Kriterien noch mehr verwischt sein können — in weit ausgeprägterem Maße der Fall ist.

Haben wir so gesehen, daß eine scharfe Trennung der Handelsgesellschaften in eine gesellschaftliche und eine korporative Gruppe unberechtigt ist, so werden wir — von diesem Ergebnis ausgehend — im zweiten Teil zu untersuchen haben, inwieweit eine Anwendung vereinsrechtlicher Vorschriften für jede der Handelsgesellschaften in Betracht kommen kann. Daß eine solche Anwendung vereinsrechtlicher Normen überhaupt nur ergänzend in Frage kommen kann, ergibt sich aus der Natur des Handelsrechts als eines Spezialgesetzes gegenüber dem Bürgerlichen Recht. Es ist dies auch gesetzlich ausgesprochen. (Art. 2 Abs. I EGHGB.) Darüber hinaus ist es aber erforderlich, jede einzelne Vorschrift des Vereinsrechts daraufhin zu prüfen, ob sie sich mit den Grundsätzen des Rechts der betreffenden Handelsgesellschaft vereinbaren läßt, oder ob sie diesen Grundsätzen widerspricht [21]. Das ergibt sich ohne weiteres aus den obigen Ausführungen über die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften.

---

[20] Schönfeld, Zur Konstruktion der OHG in Jher. Jahrb. 75, S. 333 ff, insbes. S. 353, vgl. auch Schultze-v. Laf. a. a. O. S. 5.

[21] vgl. bez. des Aktienrechts: Staub-Pinner Anm. 11 zu § 178.

3. Die Ansicht Pinners über die Unanwendbarkeit vereinsrechtlicher Normen auf die Handelsgesellschaften.

Bevor wir zu der Prüfung der Frage bezüglich der Anwendbarkeit der einzelnen Vorschriften des Vereinsrechts übergehen, ist es erforderlich, sich mit der Ansicht auseinanderzusetzen, die überhaupt eine Anwendung dieser Vorschriften auf das Handelsgesellschaftsrecht ablehnt. Es ist bereits auf Seite 3 der Arbeit gesagt, daß die herrschende Lehre[22] ihrer Ansicht von der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften folgend, die Anwendung vereinsrechtlicher Vorschriften grundsätzlich nur bei der korporativen Gruppe der Handelsgesellschaften zuläßt. Darüber hinaus wird jedoch auch die Meinung vertreten, daß selbst bei dieser Gruppe eine solche Anwendung nicht in Betracht kommen könne. Vor allem Pinner[23] hat diese Ansicht vertreten, die sich auf Grund seiner Ausführungen auch im Staubschen Kommentar bis in die jüngste Zeit hinein erhalten hat[24].

Pinner geht insbesondere davon aus, daß in § 105 Abs. II HGB ausdrücklich ergänzend auf das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches verwiesen ist. Schon daraus, daß bei den Vorschriften über die AG ein entsprechender Hinweis auf das Vereinsrecht fehle, müsse geschlossen werden, daß der Gesetzgeber die AG ausschließlich der speziellen Regelung des Handelsrechts habe vorbehalten wollen. Hinzu komme, daß die Vorschriften des BGB's über Vereine ihrer Entwicklungsgeschichte und ihrem Aufbau nach für die handelsgesellschaftlichen Körperschaften nicht bestimmt gewesen seien.

Was den ersten Einwand anbetrifft, so ist zu sagen, daß es die eigenartige Gestaltung der OHG — deren Aufbau, wie oben dargelegt worden ist, manche Kriterien des Vereins aufweist — erklärlich erscheinen läßt, wenn der Gesetzgeber, um Zweifel zu beseitigen, hier ausdrücklich auf das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Rechts verweist. Im Recht der AG erübrigte sich aber die entsprechende Verweisung auf die Vorschriften des Vereinsrechts, da einmal das Recht der AG viel geschlossener gestaltet ist, als das der OHG und zum andern das Gesetz selbst erkennen läßt, daß es die AG ihrem Wesen nach als Verein betrachtet und demgemäß das Vereinsrecht ergänzend zur Anwendung gelangen lassen will. Dies letztere ergibt sich zunächst daraus, daß der zweite Titel des ersten Abschnitts des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches die Überschrift trägt: „Juristische Personen", somit unter die folgenden Bestimmungen die juristischen Personen des Handelsrechts ebenso fallen, wie die des

---

[22] s. Anm. 6 S. 3.

[23] Pinner, Z. f. g. H. 50, 100 ff., ebenso Meurer, S. 107 ff. u. Dernburg S. 233 IV.

[24] Staub-Pinner, 14. Aufl. Anm. 6 a zu § 178.

bürgerlichen Rechts. Des weiteren bezeichnet § 6 Abs. II HGB die Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit ausdrücklich als „Vereine". Die hier als Vereine bezeichneten Handelsgesellschaften sind jedoch wirtschaftliche Vereine im Sinne des § 22 BGB, die ihre Rechtsfähigkeit auf Grund der „besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften" des Handelsgesetzbuches und des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung erlangt haben. Damit ist erwiesen, daß das Gesetz die Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit als „Vereine" ansieht und daß eine Anwendung vereinsrechtlicher Normen auf sie grundsätzlich möglich ist. Im übrigen werden die Untersuchungen des zweiten Teils der Arbeit ergeben, daß Entwicklungsgeschichte und Aufbau der Vereinsvorschriften ihrer entsprechenden Anwendung auf die Handelsgesellschaften nicht entgegenstehen.

Die Ansicht Pinners, eine solche Anwendung käme überhaupt nicht in Betracht, ist daher ungerechtfertigt.

Was den Umfang der Untersuchungen des zweiten Teils anbelangt, so werden sich diese auf die „Allgemeinen Vorschriften über Vereine" (§§ 21—53 BGB) zu beschränken haben, da die §§ 55 ff. BGB ausschließlich auf die Vereine des Bürgerlichen Rechts zur Anwendung gelangen, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.

II. Teil.

Die Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Vorschriften auf die Handelsgesellschaften im einzelnen.

1. Verein und Handelsgesellschaften in der Zeit vor der Eintragung ins Register.

Über die Entstehung eines Vereins enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keinerlei Bestimmungen, es behandelt vielmehr nur den Erwerb der Rechtsfähigkeit des Vereins, bei dem seine Existenz bereits vorausgesetzt ist. (§§ 21—23 BGB.) Der Verein entsteht dadurch, daß sich eine Mehrheit von Personen um bestimmter Zwecke willen zu einem sozialen Organismus zusammenschließt. über die rechtliche Natur dieses Zusammenschlusses herrscht Streit. Die eine Lehrmeinung vertritt den Standpunkt, daß der den Zusammenschluß herbeiführende kollektive Willensakt als ein Vertrag aufzufassen sei[25]. Demgegenüber erscheint es uns richtig, mit den Vertretern der andern Lehrmeinung der Ansicht zu sein, daß es sich um einen vom Vertrag verschiedenen „Gesamtakt" handelt[26]. Bei der Gründung eines Vereins stehen sich nicht — wie beim Vertrag — die Parteien mit verschiedenen Interessen einander gegenüber, sondern alle Beteiligten stehen hier *nebeneinander*, sie wirken zusammen in der Erreichung eines gemeinsamen Zieles. Die Parteien tauschen ihre Willenserklärungen auch nicht wie beim Vertrage gegeneinander aus, sondern diese Willenserklärungen laufen gewissermaßen in einem gemeinsamen Mittelpunkt zusammen und bilden so die Vereinbarung, die die Grundlage des werdenden Vereins ist.

Nach erfolgtem Gründungsakt wird es stets noch eine gewisse Zeit dauern, bis der Verein infolge weiterer Ereignisse — Eintra-

[25] Planck zu § 21 Nr. 6, Meurer S. 212, v. Tuhr, Bd. I, S. 476, Ennecc.-Nipp., I, 1, § 99 II.

[26] O. v. Gierke, DPR. S. 486, Cosack-Mitteis, I, S. 86, Oertmann, Vorbem. 5 zu § 21.

gung ins Vereinsregister (§ 21 BGB) oder staatliche Verleihung (§ 22 BGB) — die Rechtsfähigkeit erlangt. In der Zwischenzeit hat der Verein die Rechtsnatur eines nicht rechtsfähigen Vereins i. S. von § 54 BGB. Das ist die heute herrschende Ansicht[27] und das ergibt sich auch schon daraus, daß der Verein bereits vor der Eintragung über Organe verfügt. So muß insbesondere ein Vorstand da sein, um den Verein zur Eintragung anzumelden (§ 59 BGB). Weiter spricht das Gesetz in den §§ 21, 55 BGB davon, daß ein „Verein" eingetragen wird. Es ist also ungerechtfertigt, den Verein vor seiner Eintragung als eine Gesellschaft i. S. des § 705 BGB anzusehen[28].

Der Gründungsakt bei Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit entspricht seiner Rechtsnatur nach dem der Vereine. Die Gründung begreift dort aber notwendig die Feststellung der Satzung mit ein.

Ebenso wie der Verein ist auch die Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit vor ihrer Eintragung ein nichtrechtsfähiger Verein[29]. Sie bedarf allerdings in diesem Stadium im Gegensatz zum Verein bereits eines eigenen Vermögens. (§ 195 Abs. III HGB, § 8 Abs. II GmbHG.) Im übrigen ist sie aber — genau wie jener — von vornherein auf eine korporative Verfassung zugeschnitten. Daran scheitert demnach die von einigen Schriftstellern[30]) vertretene Auffassung, daß die Handelsgesellschaft in diesem Zeitpunkt eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sei.

Im Gegensatz zu den Vereinen und den Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit entstehen OHG und KG — da sie ihrem Wesen nach Gesellschaften des bürgerlichen Rechts sind — durch Abschluß eines das Gesellschaftsvertrages begründenden Vertrages. Auf die durch diesen Vertragsschluß entstehende obligatorische Gebundenheit der Kontrahenten finden bereits die Grundsätze des Handelsgesetzbuches über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander Anwendung[31]. Die Mitglieder der gesellschaftlichen Gruppe der Handelsgesellschaften unterliegen also im Gegensatz zu denen der korporativen Gruppe nicht erst mit der Eintragung, sondern bereits mit der Gründung ihrer Gesellschaften deren Recht.

Verein und handelsgesellschaftliche Körperschaften erlangen mit der Eintragung im Geltungsbereich des deutschen Rechts die unbeschränkte Rechtsfähigkeit[32].

[27] RGR.-Kommentar Erl. 1 zu § 21, v. Tuhr S. 483, Oertmann, Vorbem. 6 zu § 21, RG. in Gruch. Beitr. 46, 854.

[28] so im Ergebnis Planck Anm. 7 zu § 21.

[29] so: Müller-Erzbach S. 256, Cosack S. 75, Fischer, Aktienrecht, S. 109, O. v. Gierke, Arch. f. B. R. 19, 136.

[30] So: Staub-Pinner Anm. 4 zu § 188, Staub-Hach. Anm. 2 zu § 11.

[31] Müller-Erzbach S. 190, Lehmann-Hoeniger S. 240, RG. 112, 281.

[32] Ennecc.-Nipp. § 98 Anm. 1.

§ 24 BGB bestimmt als Sitz des Vereins den Ort, an dem die Verwaltung geführt wird. Die entsprechenden Vorschriften für die Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit finden wir in § 182 Abs. II Z. 1 HGB und § 3 Z. 1 GmbH, für OHG und KG bestimmt § 106 Abs. II HGB, daß bei der Anmeldung zur Eintragung der Sitz der Gesellschaft anzugeben ist.

2. Die Verfassung.

Der Verein bedarf zu seiner Daseinsbetätigung einer Organisation, die durch die Vereinsverfassung gegeben wird. Diese Verfassung bestimmt sich teils nach den Vorschriften des Gesetzes, teils nach denen der Satzung. (§ 25 BGB.)

Dem Wesen der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit entspricht es, daß auch sie auf einer Satzung beruhen, die ihre Gründer errichtet haben und die nach der Art ihres Zustandekommens und nach ihrem wesentlichen Inhalt mit der Vereinssatzung übereinstimmt. Dem Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuches folgend — das von der Aktien„gesellschaft", der Kommandit„gesellschaft" a. A. und der „gesellschaft" mit beschr. Haftung spricht — wird die Satzung hier jedoch als Gesellschaftsvertrag bezeichnet. (§ 182 f. HGB, § 2 f. GmbHG.)

Verschiedene Schriftsteller sind der Ansicht, daß die Satzung ihrer Rechtsnatur nach als Vertrag anzusehen ist[33]. Demgegenüber vertreten wir mit der andern Meinung den Standpunkt, daß die Satzung den Charakter objektiven Rechts hat[34]. Wider den Vertragscharakter spricht, daß die Satzung gegen den Willen einzelner Mitglieder abgeändert werden kann. Das Gesetz selbst erblickt auch in der Satzung einen Faktor, der den Bestimmungen der staatlichen Rechtsordnung koordiniert ist, wie sich aus § 25 BGB ergibt, wo Gesetz und Satzung in Parallele gesetzt sind. In Verfolg dieser Lehrmeinung hat man die Satzung denn auch als „autonomes Grundgesetz" des Vereins bezeichnet[35]. Allerdings geht die „Autonomie", die man dem Verein damit zubilligt, nur soweit, als das Gesetz selbst es gestattet. Das ist auch durch § 25 BGB grundsätzlich ausgesprochen, weil das Gesetz, indem es hier diese Autonomie begründet, sie auch jederzeit wieder aufheben oder durch Einführung neuer zwingender Vorschriften beliebig auf die Satzung einwirken kann.

Da wir die Satzung nicht als Vertrag ansehen, ist es nur folgerichtig, auch die in ihr vorgesehenen Strafen nicht als solche im Sinne

---

[33] Planck Anm. 1 zu § 25, v. Tuhr I, 502 ff., Müller-Erzb. S. 254.

[34] O. v. Gierke, DPR. I, S. 150, Staub-Pinner Anm. 20 zu § 189, Feine in Ehrenb. Hdb. 3, III S. 165, Fischer das. 3, I S. 74, Oertmann, Anm. 4 zu § 25.

[35] KG. in KGJ. 43, 365, RG. 100, 3.

des § 339 BGB anzusehen. Diese „Vertragsstrafen" haben dann vielmehr den Charakter von wahren, auf Grund eines objektiven Rechtssatzes verhängten Strafen. Ihre Herabsetzung gemäß § 343 BGB ist demnach ausgeschlossen. Das hier Gesagte gilt entsprechend für die im Statut der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit eingerichteten Vertragsstrafen [36].

3. Die Organe des Vereins und der Handelsgesellschaften.

a) Der Vorstand.

Zu den notwendigen Organen des Vereins kraft Gesetzes zählt in erster Linie der Vorstand. (§ 26 BGB.)

Im Recht der AG fehlt zwar die dem § 26 Abs. I S. 1 BGB entsprechende Bestimmung. Allein, es ergibt sich aus § 182 Z. 4 HGB eindeutig, daß auch die AG einen Vorstand haben *muß* [37].

Für die GmbH enthält der § 6 Abs. I i. V. mit § 35 Abs. I GmbHG die entsprechende Bestimmung über die Notwendigkeit eines Vorstandes.

Die im § 26 Abs. I S. 2 und Abs. II BGB ausgesprochene Vorschrift, daß der Vorstand aus mehreren Personen bestehen kann und den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertritt, bestimmt für die AG § 231 HGB, für die GmbH i. V. mit § 35 Abs. I GmbHG.

Dagegen ist im Recht der AG und der GmbH nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß der Vorstand — wie es für den Verein bestimmt ist — die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Die Gesetzesvorschrift des § 26 Abs. II S. 1 BGB ist hier anwendbar [38].

Beim Verein gilt das Prinzip der Gesamtvertretung des Vorstandes. Die Satzung kann von diesem durch das Gesetz bestimmten Grundsatz *nicht* abweichen [39]. Das einzelne Vorstandsmitglied ist als solches nicht vertretungsberechtigt. Tritt es doch ohne Vollmacht der übrigen allein auf, so finden die Vorschriften über Handeln ohne Vertretungsmacht (§§ 177—180 BGB) Anwendung.

---

[36] So: O. v. Gierke in Jher. Jahrb. 35, 199, Oertmann Anm. 4 zu § 25, vgl. Preuß in Jher. J. 44, 471, RG. LZ. 27, 1389; anders: für die Anwendung von § 343 BGB.: v. Tuhr I, S. 505, Staub-Hach. Anm. 15 zu § 20, Koenige Anm. 2 § 212.

[37] Staub-Pinner Anm. 3 zu § 190, Fischer a. a. O. S. 211.

[38] Staub-Pinner Anm. 2 zu § 231, Fischer a. a. O. S. 113, Staub-Hach. Anm. 2 zu § 35.

[39] Staub. Anm. 11 a zu § 26, Rospatt in DJZ. 1900, S. 457, Risch in Gruch. Beitr. 64, 3 ff., anderer Ansicht: für Mehrheitsprinzip: Ennecc.-Nipp. § 102 Anm. 6, Oertmann Anm. 1 zu § 28, Planck Anm. 2 zu § 28.

Auch bei der AG und der GmbH gilt das Prinzip der Kollektivvertretung des Vorstandes (§ 232 Abs. I HGB, § 35 Abs. II GmbHG). Jedoch kann hier kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung durch das Statut bestimmt werden, daß eine Kollektivvertretung beschränkteren Umfanges (Vorstandsmitglied bezw. Geschäftsführer und Prokurist) oder eine Einzelvertretung zugelassen werden soll. (§ 232 Abs. II HGB, § 35 Abs. II GmbHG.) Die beschränkte Kollektivvertretung bezw. die Einzelvertretung ist auch in der Praxis die Regel.

Beim Verein kann der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden. (§ 26 Abs. II S. 2 BGB). Jedoch auch, wenn satzungsgemäß keine Beschränkung vorgesehen ist, umfaßt die Vertretungsmacht nur solche Geschäfte, die ihrer Eigenart nach in den Rahmen des Vereinszwecks fallen. Geschäfte, die erkennbar nicht hierunter fallen, aber dennoch vom Vorstand abgeschlossen werden, verpflichten den Verein nicht[40]. Der Dritte tut daher gut daran, sich vor Geschäftsabschlüssen über den Zweck des Vereins zu unterrichten.

Für den Handelsverkehr wäre eine dem § 26 Abs. II S. 2 BGB entsprechende Vorschrift nicht tragbar, denn hier ist es praktisch unmöglich, von dem Dritten zu verlangen, vor jedem Geschäftsabschluß die Vertretungsmacht des Vorstandes zu prüfen. Der § 235 HGB bestimmt daher auch für die AG, daß Beschränkungen in der Vertretungsmacht des Vorstandes Dritten gegenüber unwirksam sind. Die gleiche Vorschrift enthält § 37 Abs. II S. 1 für das Recht der GmbH. Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis geht sogar in beiden Fällen soweit, daß selbst solche Geschäfte für die Gesellschaft bindend sind, die garnicht zum Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes oder eines gewerblichen Unternehmens überhaupt gehören[41]. Ausnahmen gelten bei der AG nur für die Fälle, in denen das Gesetz selbst Beschränkungen auferlegt (vgl. §§ 205, 207, 243 Abs. I, 247, 270, 279, 303 f.). Für die GmbH sind solche gesetzlichen Beschränkungen nicht gegeben. Im übrigen ist das Geschäft nur dann für die Gesellschaft unverbindlich, wenn der Fall absichtlichen unerlaubten Zusammenwirkens (Kollusion) zwischen Vorstand und Dritten zum Nachteil der Gesellschaft vorliegt[42]. (§ 826 BGB.)

Für den Verein bestimmt § 27 Abs. I BGB die Bestellung des Vorstandes durch die Mitgliederversammlung. Da diese Vorschrift jedoch nicht zwingend ist (§ 40 BGB), kann auch durch die Satzung

[40] Oertmann Anm. 4a zu § 26, v. Tuhr S. 527, Ennecc.-Nipp. S. 310, RG. in Recht 1907 Nr. 2497.

[41] Staub-Pinner Anm. 10 zu § 235, RG. 115, 246, Staub.-H. Anm. 6 zu § 37.

[42] Staub-Pinner Anm. 17 zu § 235, Staub-Hach. Anm. 12 zu § 37, ROHG. 19, 335 ff., RG. 9, 148, RG. in Recht 1909 Nr. 2360.

ein anderes Organ oder ein Außenstehender mit der Bestellung betraut werden. Ebensowenig ist es nötig, daß der Vorstand aus der Mitte der Vereinsmitglieder genommen wird, es kann auch jeder Dritte gewählt werden [43].

Die für die AG maßgebende Bestimmung enthält der § 182 Abs. II Z. 4 HGB. Hiernach *muß* der Gesellschaftsvertrag stets die notwendigen Bestimmungen über die Vorstandsbestellung treffen. Im übrigen kann — wie beim Verein — ein beliebiges Organ oder Außenstehende sowohl mit der Wahl des Vorstandes betraut, als auch zum Vorstand wählbar sein [44].

Die dem Vereinsrecht entsprechende Bestimmung findet sich für die GmbH im § 46 Z. 5 GmbHG. Auch hier können durch den Gesellschaftsvertrag dieselben Abweichungen bezüglich Wahl und Wählbarkeit zum Vorstand getroffen werden [45].

Die Bestimmung des § 27 Abs. II BGB, daß die Bestellung des Vorstandes jederzeit widerruflich ist und daß die Satzung die Widerruflichkeit auf bestimmte Fälle beschränken kann, findet sich in gleicher Form im Recht der GmbH. (§ 38 GmbHG.) Für die AG ist durch § 231 Abs. III HGB zwingend bestimmt, daß jederzeitige Widerruflichkeit der Vorstandsbestellung möglich ist und daß diese durch die Satzung *nicht* auf erhebliche Gründe beschränkt werden kann [46]. Das Gesetz spricht also für die AG die unbedingte Entziehungsmöglichkeit der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus.

Durch § 27 Abs. III BGB wird angeordnet, daß auf die Geschäftsführung des Vorstandes die für den Auftrag geltenden Vorschriften (§§ 664—670 BGB) entsprechende Anwendung finden.

Für die AG und die GmbH kann diese Vorschrift, da die Dienstverhältnisse des Vorstandes im einzelnen nicht geregelt sind, dann zur Anwendung gelangen, wenn der Vorstand seine Tätigkeit unentgeltlich ausübt. In der Regel wird aber das der Vorstandsbestellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein Dienstvertrag sein, auf den die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB Anwendung finden. Neben diesen Vorschriften kann die Bestimmung des § 675 BGB nicht angewandt werden, da die Tätigkeit der Vorstandsmitglieder keine „Geschäftsbesorgung" im Sinne des § 675 BGB darstellt [47].

---

[43] so Oertmann Anm. 2a zu § 27, Planck Anm. 3 zu § 27, Staud. Anm. 4d zu § 27.

[44] Staub-Pinner Anm. 23 zu § 182, Anm. 20 zu § 231.

[45] Staub-Hach. Anm. 21a zu § 45, Anm. 42 zu § 35, Recht 1912 Nr. 1706.

[46] Staub-Pinner Anm. 14 zu § 231.

[47] Staud. Anm. 2b zu § 675 und die dort zit. Literat., die andere Ansicht, daß *jeder* Dienstvertrag unter § 675 fällt, darf als überholt bezeichnet werden.

Sind die Vorstandsmitglieder unentgeltlich tätig, so können sie ihr Amt jederzeit niederlegen, es sei denn, dies geschieht „ohne wichtigen Grund zur Unzeit". (§ 671 Abs. II S. 2 BGB.) Dann müssen sie der Gesellschaft den möglicherweise entstehenden Schaden ersetzen. Liegt ihrer Tätigkeit aber ein Dienstvertrag zugrunde, so können sie grundsätzlich nur bei Einhaltung der gesetzlichen Frist oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ihr Amt niederlegen (vgl. § 621 ff. BGB).

Für die OHG, KG und KGaA können die Vorschriften der §§ 26, 27 BGB deshalb grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen, weil hier die dem Vorstand entsprechenden Organe — jeweils die Gesellschafter bezw. die persönlich haftenden Gesellschafter — *kraft Gesetzes* bestimmt sind. (§§ 125—127, 170, 320 HGB.) Aus dieser gesetzlichen Stellung ergeben sich die stärkeren Rechte, aber auch die stärkeren Pflichten. Grundsätzlich ist die Ausdehnung der Vertretungsbefugnis die gleiche wie beim Vorstand der AG und GmbH. (Unbeschränkbarkeit nach außen: §§ 126, 161 Abs. II, 320 HGB.) Die stärkere Stellung der „geborenen Vorstandsmitglieder" zeigt sich einmal darin, daß sie — umgekehrt wie die Vorstandsmitglieder der AG und GmbH — durch das Gesetz zur Einzelvertretung ermächtigt werden und daß diese Befugnis erst durch den Gesellschaftsvertrag beseitigt werden kann. Zum andern ist die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter bezw. der persönlich haftenden Gesellschafter nicht einfach zu widerrufen, wie dies bei der AG der Fall ist. Maßgebend ist für die OHG, KG und KGaA hier der § 127 HGB, der bestimmt, daß einem Gesellschafter die Vertretungsbefugnis nur durch gerichtliche Entscheidung auf Antrag der übrigen Gesellschafter entzogen werden kann, *wenn* ein wichtiger Grund vorliegt. Bei der KG und KGaA müssen neben den persönlich haftenden Gesellschaftern auch alle Kommanditisten diesen Antrag stellen. Stärkere Pflichten hat der Gesellschafter bezw. der persönlich haftende Gesellschafter dadurch, daß er sein Amt nicht unter denselben Voraussetzungen niederlegen kann, wie das Vorstandsmitglied der AG oder GmbH. Er ist im Regelfall vielmehr *nicht* berechtigt, die ihm durch Gesetz zustehende Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis niederzulegen[48]. Wenn er sich doch davon befreien will, bleibt ihm bei Vorliegen eines gesetzlichen Grundes nur der Weg der Kündigung der Gesellschaft.

§ 28 Abs. I BGB bestimmt, daß bei einem mehrgliedrigen Vorstand die Beschlußfassung nach dem Mehrheitsprinzip erfolgt. Jedoch ist diese Vorschrift nicht zwingenden Rechts (vgl. § 40 BGB), die Satzung kann daher ein anderes bestimmen.

Für die AG und die GmbH kann § 28 Abs. I BGB nicht zur Anwendung gelangen, da § 232 HGB bezw. § 35 GmbHG

[48] Staub-Pinner Anm. 7 zu § 117, Anm. 8 zu § 127, Anm. 3 zu § 170, Anm. 79 zu § 320, vgl. Schreiber S. 116, S. 137 Anm. 1.

als Regel die Gesamtbefugnis verlangt. Zwar sprechen die genannten Vorschriften von der Vertretungs- und nicht ausdrücklich von der Geschäftsführungsbefugnis, jedoch muß bei dem engen inneren Zusammenhang zwischen Geschäftsführung und Vertretung im Recht der AG und der GmbH angenommen werden, daß der Grundsatz der Gesamtbefugnis allgemeine Geltung haben solle[49]. Es ist daher die andere Ansicht[50], nach der regelmäßig — wie beim Verein — das Mehrheitsprinzip Geltung haben solle, abzulehnen. Wenn die Satzung jedoch — was die Regel sein wird — die beschränkte Kollektiv-, oder die Einzelvertretung, zuläßt, so gilt dieser Vertretungsgrundsatz in gleichem Maße auch für die Geschäftsführung.

Genau wie bei der AG und der GmbH gilt auch bei der OHG, KG und KGaA der Grundsatz, daß bei der Beschlußfassung sämtliche Gesellschafter bezw. persönlich haftende Gesellschafter mitwirken müssen. Für das Recht dieser Gesellschaften ist dies — da hier getrennte Bestimmungen über Geschäftsführung und Vertretung vorliegen — auch ausdrücklich ausgesprochen. (§§ 119 Abs. I, 161 Abs. II, 320 Abs. II HGB). Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch abweichend bestimmen, daß das Mehrheitsprinzip Geltung haben soll. (§§ 119 Abs. II, 161 Abs. II, 320 Abs. II HGB.)

§ 28 Abs. II BGB findet sich mit entsprechendem Inhalt bei jeder der Handelsgesellschaften. (§§ 232 Abs. I S. 2 HGB, 35 Abs. II S. 2 GmbHG, 125 Abs. II S. 3, 161 Abs. II, 320 Abs. 2 HGB.)

§ 29 BGB handelt von der Ergänzung des Vorstandes in dringenden Fällen durch Bestellung von Vorstandsmitgliedern durch das Amtsgericht.

Für das Recht der AG und der GmbH ist diese Vorschrift von großer Bedeutung, da ohne sie z. B. ein Dritter, der Erklärungen gegenüber der Gesellschaft abgeben oder Forderungen gegen die Gesellschaft geltend machen will, auf den guten Willen der für die Vorstandsbestimmung zuständigen Organe angewiesen ist. Befindet sich die AG oder die GmbH dann aber in einem Zustand der Vermögensverschlechterung, dann ist der Dritte machtlos, wenn eine Vorstandsergänzung durch die zuständigen Organe nicht stattfindet. Die Vorschrift des § 29 BGB wird daher auch allgemein[51] auf die AG und die GmbH für anwendbar erklärt.

Doch bestehen im Recht der GmbH einige im Gesetz festgelegte Ausnahmen. So gelten Sonderbestimmungen für die Ernennung von

---

[49] Staub-Pinner Anm. 28 zu § 232, Staub.-Hach. Anm. 7 zu § 35, Denkschrift zum HGB. S. 140, Cosack S. 508.

[50] Brodmann, Akt.-R. Anm. 2b zu § 231, Lehmann-Ring Anm. 7 zu § 231.

[51] Staud. V zu § 29, RGR.-Komm. Bem. 1 zu § 29, Staub-Pinner Anm. 39 zu § 231 u. Anm. 8 zu § 178, Staub-Hach. Anm. 43 zu § 35.

Liquidatoren (§ 66 GmbHG) und bei inneren Gesellschaftsstreitigkeiten (§ 46 Z. 8 GmbHG).

Das RG[52] hat § 29 BGB auch auf die KGaA angewandt. Ebenso hat sich Schreiber[53] für die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die KGaA ausgesprochen, indem er die vereinsmäßige Struktur dieser Handelsgesellschaft betont.

Demgegenüber muß daran festgehalten werden, daß das dem Vereinsvorstand entsprechende Organ der KGaA sich doch von jenem grundlegend durch die Stellung seiner Mitglieder unterscheidet. Das Gesetz betrachtet es als Regel, daß sämtliche persönlich haftenden Gesellschafter den Vorstand bilden, genau wie bei der OHG und KG. Zumindest in dieser Gestaltung des „Vorstandes" zeigt sich daher nicht eine vereinsähnliche, sondern eine stark individualistische Struktur der KGaA[54].

Es kann somit die Frage, ob § 29 BGB für die KGaA Anwendung findet, mit der Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf OHG und KG verbunden werden. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß in jedem Falle § 29 BGB nicht zur Anwendung gelangen kann[55]. Dafür spricht nicht nur die verschiedenartige Stellung des Vorstandes bei Verein, AG und GmbH gegenüber dem „Vorstand" bei OHG, KG und KGaA, sondern auch die Erwägung, daß bei diesen Handelsgesellschaften für eine entsprechende Anwendung des § 29 BGB gar kein praktisches Bedürfnis besteht. Auf S. 16 des Textes ist dargelegt, daß einem vertretungsberechtigten Gesellschafter bezw. persönlich haftenden Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen diese Befugnis entzogen werden kann. Es ist aber unzulässig, alle oder den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter von dieser Befugnis auf gerichtlichem Wege auszuschließen. Die überwiegende Meinung steht zwar noch auf dem gegenteiligen Standpunkt[56], jedoch gewinnt die hier vertretene Auffassung ständig Raum[57]. Bei einem völligen Fortfall der vertretungsberechtigten Gesellschafter würde die Gesellschaft nach außen handlungsunfähig sein. Da aber auf Grund des § 124 HGB der OHG die Berechtigung zusteht, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein, muß sie auch nach außen in der Lage sein, durch ihre „geborenen Vertreter" ihre Rechte wahrnehmen zu können. Ein Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von

---

[52] RG. 74, 301, 116, 118.

[53] Schreiber S. 115, 136, KGJ. 23 A. 105, 34 A. 53.

[54] vgl. Wieland, I, S. 477.

[55] Staub-Pinner Anm. 29 zu § 125, Dür.-Hach.-Flechth. Anm. 4 zu § 125, Ennecc.-Nipp. Anm. 4 a zu § 102.

[56] Rießer in ZfHR. 42, 322, Koenige Anm. 2 zu § 125, Lehmann in ZfHR. 78, 307, KGJ. 10, 27, KG. in Recht 1923, Nr. 365, RG. 74, 300.

[57] Staub-Pinner Anm. 3 zu § 125, Dür.-Hach.-Flechth. Anm. 4 zu § 125, Wieland, I, S. 585.

der Vertretungsmacht kann daher stets nur die Wirkung haben, daß damit die Gesamtvertretung notwendig eingerichtet wird[58].

Da nach diesen Grundsätzen niemals die Möglichkeit eintreten kann, daß eine OHG — und dasselbe gilt für KG und KGaA — ohne befugte Vertretung ist, erübrigt sich ein gerichtliches Eingreifen nach § 29 BGB.

§ 30 BGB bestimmt, daß neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte „besondere Vertreter" bestellt werden können, deren Vertretungsmacht sich dann im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte erstreckt, die der ihnen zugewiesene Aufgabenkreis gewöhnlich mit sich bringt. Die besonderen Vertreter haben die Stellung eines Vereinsorgans, was zur Folge hat, daß der Verein für sie wie für Handlungen des Vorstandes nach § 31 BGB haftet. Die besonderen Vertreter sind immer nur für einen gewissen Geschäftsbereich zu bestellen, in dem sie dann allerdings insoweit die Zuständigkeit des Vorstandes ausschließen können[59]. Da sie aber nicht selbst Vorstandsmitglieder sind, werden sie nicht ins Vereinsregister eingetragen[60].

Für die AG und die GmbH ist die Möglichkeit, besondere Organe einzurichten, durch § 235 Abs. II HGB, bezw. § 37 Abs. II GmbHG gegeben. Da diese Vorschrift sich jedoch darauf beschränkt, diese „anderen Organe" zu erwähnen, ist für die Frage nach der rechtlichen Stellung, die ein solches Organ einnimmt, der § 30 BGB anzuwenden. Von praktischer Bedeutung wird die Anwendung dieser Vorschrift für die Fälle, in denen eine Zweigniederlassung besteht. Der Leiter einer solchen Filiale wird, sofern er Vorstandsmitglied ist, stets unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsbefugnis haben (s. Text S. 14). Ist er dies nicht und soll seine Vertretungsmacht auf die mit dem Betrieb der Zweigniederlassung verbundenen Geschäfte beschränkt bleiben, so kommt für seine Bestellung die Vorschrift des § 30 BGB in Betracht[61]. Unter der Voraussetzung, daß in der Satzung die Errichtung von Filialen vorgesehen ist, ist der Leiter einer solchen dann „Organ" der Handelsgesellschaft, die für etwaige zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen ihres Filialleiters — ebenso wie der Verein — auf Grund des § 31 BGB haftet[62]. Die Eintragung eines Filialleiters ins Handelsregister hat nicht zu erfolgen.

Für das Recht der OHG, KG und KGaA kann der § 30 BGB nicht zur Anwendung gelangen, da durch § 126 Abs. III i. V. mit

---

[58] außer den in Anm. 1 genannten, zustimmend: Müller-Erzbach S. 202.

[59] Staud. Anm. 6 zu § 30.

[60] Staud. Anm. 1 zu § 67, RGR.-Komm. Anm. 1 zu § 67.

[61] Feine in Ehrenbg. Hdb. 3, III S. 497 Anm. 7, Silberschmidt in JW. 1928, 154 f., vgl. Staub-Hach. Anm. 7 zu § 37.

[62] Staub-Pinner Anm. 38 zu § 232 und die dort angegebene Literatur.

§ 161 Abs. II, § 320 Abs. II HGB für diese Handelsgesellschaften bestimmt ist, daß von dem Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter bezw. der persönlich haftenden Gesellschafter eine Ausnahme für den Fall des Leiters einer Zweigniederlassung zulässig ist. Wenn ein Gesellschafter bezw. ein persönlich haftender Gesellschafter ausschließlich die Vertretungsmacht zur Leitung einer Filiale haben soll, dann finden die für die Prokura gegebenen Bestimmungen des § 50 Abs. III HGB entsprechende Anwendung [63].

Eine der wichtigsten Vorschriften des Vereinsrechts, der § 31 BGB, gelangt im Recht *sämtlicher* Handelsgesellschaften zur Anwendung.

Die Notwendigkeit der Anwendung dieser Bestimmung — zunächst im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit — wurde auch von *der* Lehrmeinung anerkannt, die überhaupt die Anwendung vereinsrechtlicher Vorschriften auf das Handelsgesellschaftsrecht ablehnte [64] (s. Text S. 8, 9). Darüber hinaus hat man eingesehen, daß das selbständige Auftreten auch der Gesamthandshandelsgesellschaften im Rechtsverkehr eines Korrelats bedürfe und so haben Rechtsprechung und Literatur die Anwendbarkeit des § 31 BGB auch auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter ausgedehnt [65]).

Von der Anwendung des § 31 BGB auf das Handelsgesellschaftsrecht ergibt sich im Recht der AG eine Ausnahme: Wenn ein Aktionär zur Zeichnung von Aktien durch betrügerische Vorspiegelungen des Vorstandes veranlaßt worden ist, kann er den erlittenen Schaden nicht auf dem Wege des § 31 BGB geltend machen. Dem würde der aktienrechtliche Grundsatz entgegenstehen, daß die Zeichnung von Aktien und damit die Beschaffung des Grundkapitals öffentlich-rechtlicher Natur ist [66]. Dieser Grundsatz und nicht der im § 213 HGB ausgesprochene des Verbots der Rückzahlungen von Einlagen [67] ist in Wahrheit der ausschlaggebende für die Nichtanwendbarkeit des § 31 BGB in diesem Falle. Die hier wiedergegebene Ansicht ist durchweg anerkannt [68]. Streitig dagegen ist der Fall, wenn ein Aktionär zum *Kauf* von Aktien durch arglistiges Verhalten des Vorstandes verleitet worden ist. Das Reichsgericht hat früher auch auf den Ak-

---

[63] Dür.-Hach.-Flechth. Anm. 10 zu § 126.

[64] Staub-Pinner Anm. 37 zu § 232, vgl. RG. 76, 48, RG. in LZ. 1915, 1302 [4].

[65] RG. 32, 15; 46, 18; 76, 35; RG. in JW. 1911, 97 [23], Staub-Pinner Anm. 4 zu § 126, Dür.-Hach.-Flechth. Anm. 16 zu § 126, Wieland, I, S. 585.

[66] Staub-Pinner Anm. 25 zu § 189, 43 zu § 232.

[67] RG. 54, 129.

[68] vgl. Staub-Pinner Anm. 25 zu § 189 und die dort angegebene Literatur.

tienkauf die Grundsätze über die Aktienzeichnung angewandt, dem Aktionär also einen Schadensersatzanspruch versagt[69], indem es von dem Grundsatz des § 213 HGB ausging und eine „Rückzahlung von Einlagen" grundsätzlich als unzulässig ansah. Später hat es diesen Standpunkt aufgegeben und unterscheidet nun zwischen Schadensersatzansprüchen, die auf unwahren Angaben des Vorstandes bei Gründungen und Kapitalserhöhungen beruhen — bei denen ein Anspruch gegen die Gesellschaft nach wie vor nicht gegeben wird — und solchen aus Umsatzgeschäften. Im letzteren Falle sei ein Schadensersatzanspruch des Aktienkäufers aus bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen sowohl als auch aus der Prospekthaftung des § 45 Börsengesetz gegeben[70]. Dieser neueren Auffassung des Reichsgerichts muß beigepflichtet werden[71]. Zwar verbietet der Gesetzgeber durch § 213 HGB grundsätzlich, daß das Grundkapital seinem „Zweck entfremdet wird". Das Gesetz kann aber keine Vorsorge dagegen treffen, daß die AG, wenn sie erst einmal im Verkehrsleben aufgetreten ist, keine Einbuße an diesem Grundkapital erleidet, da sie — wie jeder andere Rechtsträger — zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten verpflichtet ist.

Die hier vertretenen Grundsätze gelten wie für die AG, so auch für die KGaA (vgl. § 320 Abs. III) und für die GmbH (vgl. § 30 GmbHG[72].

b) Der Aufsichtsrat.

Im Vereinsrecht ist der Aufsichtsrat nicht ausdrücklich erwähnt. Der Verein kann jedoch neben seinen notwendigen Organen durch die Satzung auch die Schaffung eines Aufsichtsrates vorsehen. Dessen Mitglieder haben dann auf Grund des § 30 BGB die Stellung von besonderen Vertretern.

Im Gegensatz zum Vereinsrecht sieht das Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit das Institut des Aufsichtsrats ausdrücklich vor. Er ist bei der AG und der KGaA sogar notwendiges Organ. Das ergibt sich für die AG mittelbar aus § 243 HGB, für die KGaA aus § 320 Abs. III HGB. Für die GmbH ist die Bestellung eines Aufsichtsrats nicht zwingend vorgeschrieben. Wenn im Gesellschaftsvertrag die Errichtung eines Aufsichtsrats vorgesehen ist, finden auf ihn die aktienrechtlichen Regeln Anwendung (§ 52 GmbHG).

Bei der OHG und der KG als individualistisch gestalteten Handelsunternehmen findet sich grundsätzlich das Organ des Aufsichtsrates nicht. Es ist nur folgerichtig, daß das Gesetz ihn nirgends er-

[69] RG. 54, 128; 62, 30.

[70] RG 71, 97; 88, 188; 88, 272.

[71] So auch die überwiegende Literatur: s. Staub-Pinner Anm. 43 zu § 232 und die dort angeführten Zitate.

[72] RG. 188, 88; Staub-Hach. Anm. 34 zu § 2.

wähnt, denn die mit ihrem Vermögen sowohl als auch mit ihrer Arbeitskraft eng an das Unternehmen gefesselten Gesellschafter bezw. persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen eines besonderen Kontroll- und Verwaltungsorgans in der Regel nicht. Allerdings hat die Praxis Fälle gezeigt, in denen eine OHG oder eine KG innerlich in so starkem Maße kapitalistische und kollektivistische Formen angenommen hatte, daß es unmöglich war, sämtlichen Gesellschaftern bezw. persönlich haftenden Gesellschaftern Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zuzugestehen [73]. Während in solchen Fällen einerseits die Mehrzahl der Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist, hat man andererseits besondere Organe geschaffen, z. B. einen Aufsichtsrat [74]. Wenn aber auch in derartigen Fällen die Tätigkeit eines Aufsichtsrates der OHG oder KG der eines Aufsichtsrates der AG insofern gleichkommt, daß er dort wie hier in erster Linie eine kontrollierende Tätigkeit ausüben soll, so können doch nicht ohne weiteres die Bestimmungen des Aktienrechts auf den Aufsichtsrat einer OHG oder KG übernommen werden [75]. Vielmehr bedarf es dann einer genauen Auslegung dahin, inwieweit dem Aufsichtsrat im einzelnen Falle Befugnisse kontrollierender oder verwaltender Art zugebilligt werden können oder nicht. Man wird in jedem Fall zweckmäßig im Gesellschaftsvertrag den Wirkungskreis möglichst festlegen.

Der Aufsichtsrat bei der AG, der KGaA und der GmbH ist aber nicht nur Kontrollorgan, vielmehr hat ihm schon das Gesetz selbst auch andere Funktionen beigelegt. So ergibt sich aus den §§ 238 und 246 HGB, daß dem Aufsichtsrat auch das Recht verliehen ist, reine Verwaltungsakte auszuüben, wie die Erteilung der Zustimmung zur Bestellung von Prokuristen und das Recht und die Pflicht der Einberufung der Generalversammlung. Schließlich gestattet das Gesetz durch § 246 Abs. III HGB ausdrücklich, ihm auch noch weitere Verwaltungsakte zu übertragen. Der Aufsichtsrat kann demnach zu einem Verwaltungsorgan ausgestaltet werden und im Leben der Handelsgesellschaft eine dem Vorstand ähnliche Stellung einnehmen oder zu einem „Vorgesetzten" des Vorstandes werden [76].

Im Gesetz fehlen Bestimmungen darüber, wie der Aufsichtsrat im einzelnen seine Tätigkeit auszuüben hat. Wenn auch die Satzung darüber schweigt, kommen nach dem allgemeinen Grundsatz die Vorschriften des BGB's über die Tätigkeit des Vorstandes entsprechend zur Anwendung. (§§ 28, 32, 34, 40 BGB) [77]. Es folgt daraus, daß

[73] vgl. RG. 36, 60: In diesem Fall hatte die OHG. 159 Gesellschafter.
[74] RG. in LZ. 14, 1030, Flechtheim in LZ. 14, 1268, RG. in JW. 1906, 144.
[75] Dür.-Hach.-Flechtheim, Vorbem. Anm. 7 zum 2. Abschnitt des 2. Buches.
[76] Staub-Pinner Anm. 10 zu § 246.
[77] Fischer in Ehrenb. Hdb. 3, I S. 246 f., Staub-Pinner Anm. 14 zu § 246, Koenige Anm. 2a zu 246.

der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit auftritt, daß bei Beschlußfassungen die Mehrheit der erschienenen Mitglieder entscheidet und daß bei Willenserklärungen gegenüber dem Aufsichtsrat die Abgabe gegenüber einem Mitglied desselben genügt.

Schließlich ist auch eine Anwendung des § 29 BGB auf den Aufsichtsrat möglich, insofern dieser die Vertretung der Gesellschaft innehat. Soweit er jedoch bloßes Kontrollorgan ist, kann diese Vorschrift — da der Aufsichtsrat dann nicht die dem Vorstand ähnliche Stellung einnimmt — nicht angewandt werden [78].

c) Die Mitgliederversammlung.

Der § 32 BGB erkennt die Mitgliederversammlung als zuständig für die Vereinsangelegenheiten an, soweit diese nicht von dem Vorstand oder einem sonstigen Vereinsorgan zu besorgen sind.

Im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit fehlt die entsprechende Bestimmung. Der Mitglieder- bezw. Generalversammlung dieser Handelsgesellschaften wird aber allgemein eine der Mitgliederversammlung des Vereins gleiche Stellung beigelegt, sie gilt als „oberstes Willensorgan" der Gesellschaft [79]. Als solches kann sie alles bindend beschließen, was ihrer Zuständigkeit nicht durch die Satzung entzogen ist [80]. (Nur für die Generalversammlung der KGaA gelten einige, im Gesetz festgelegte Einschränkungen, vgl. §§ 327 Abs. II HGB). Die gesetzliche Grundlage dieser umfassenden Gewalt der Generalversammlung ist im § 32 Abs. I S. 1 BGB zu sehen.

Bei der OHG und KG mußte das Gesetz — der individualistischen Natur dieser wahren „Gesellschaften" entsprechend — grundsätzlich von der Schaffung eines besonderen „obersten Organs" absehen. Für die OHG, bei der in der Regel einige wenige Gesellschafter die Gesellschaft bilden und in ihrer gesetzlichen Stellung gewissermaßen gleichzeitig Vorstand, Aufsichtsrat und Mitgliederversammlung in einem sind, ist das eine Selbstverständlichkeit. Aber auch bei der KG — die in zwei Gruppen von Mitgliedern zerfällt — hat der Gesetzgeber von der Schaffung eines besonderen Organs für die eine Gruppe — die Kommanditisten — abgesehen. Die mehreren Kommanditisten stehen regelmäßig in keiner besonderen Verbindung und treten den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht in geschlossener Organisation gegenüber. Unberührt von diesem Grundsatz bleiben die Rechte, die den Kommanditisten nach §§ 164, 166 HGB zustehen, die ihnen aber nicht die Stellung einer weiteren „Kommanditistenver-

[78] Staub-Pinner Anm. 1 zu § 243, abweichend Marcus bei Holdheim 20, 243.

[79] RG. in JW 1908, 462 [34], RG. 89, 375.

[80] Staub-Pinner Anm. 7 zu § 250, vgl. Staub-Hach. Anm. 45, 46 zu § 45.

sammlung" verleihen. (Anders ist es bei der KGaA, bei der die Generalversammlung ausschließlich eine „Sonderversammlung" der Aktienkommanditisten ist.)

Nun ist allerdings — wie in den Ausführungen über den Aufsichtsrat bereits dargelegt — die Möglichkeit gegeben, der KG sowohl als auch der OHG bei Vorhandensein einer größeren Mitgliederzahl und eines bedeutenden Kapitalbedarfs durch entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags kollektivistische und kapitalistische Züge zu geben. Es kann dann die Einrichtung nicht nur eines Aufsichtsrates, sondern auch einer Mitgliederversammlung den inneren Aufbau der beiden Gesellschaften grundlegend verändern. In diesem Fall werden — ebenso wie bei der Einrichtung eines Aufsichtsrates[81] — die entsprechenden vereinsrechtlichen Regeln nicht ohne weiteres auf die Mitgliederversammlung Anwendung finden können. Vielmehr wird der Gesellschaftsvertrag ihre Befugnisse klar begrenzen müssen. Hierbei wird es im Interesse der Gesellschaft liegen, diese Befugnisse nicht soweit auszudehnen, daß sie die Handlungsfreiheit der „geschäftsführenden Gesellschafter" und damit die geschäftliche Schlagkraft der Gesellschaft allzusehr beschränken.

§ 32 Abs. I S. 2 und S. 3 BGB fordern für das gültige Zustandekommen eines Beschlusses der Mitgliederversammlung die Bezeichnung des Gegenstandes bei der Berufung und Stimmenmehrheit bei der Beschlußfassung. Allerdings sind diese Vorschriften des § 32 BGB — wie sich aus § 40 BGB ergibt — nicht zwingendes Recht.

Für das Aktienrecht sind in den §§ 251, 252, 253, 255 ff. HGB (i. V. mit § 320 für die KGaA) Sondervorschriften gegeben. Auch diese Vorschriften kommen jedoch nur insoweit zur Anwendung, als nicht durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag „ein anderes" vorgeschrieben ist.

Eine Ausnahme besteht nach § 252 Abs. I HGB für das „Mindeststimmrecht". Grundsätzlich hat ein Aktionär soviel Stimmen, als er Aktien besitzt. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch bestimmen, daß das Stimmrecht auf einen Höchstbetrag beschränkt wird, oder daß bei Vorhandensein verschiedener Aktiengattungen die eine Gattung über ein höheres Stimmrecht verfügen soll, als die andere. Der Gesellschaftsvertrag kann aber einem Aktionär das Stimmrecht nicht völlig entziehen. Das gesetzliche Mindeststimmrecht, das die einzelne Aktie gewährt, ist sonach ein unentziehbares Aktionärrecht[82].

Ist damit auch das Recht des Aktionärs gewahrt, seinen Willen in der Generalversammlung kundzugeben, so ist doch durch die er-

[81] vgl. hierzu auch S. 22 des Textes.
[82] Staub-Pinner Anm. 2 zu § 252, Cosack S. 91.

wähnten Möglichkeiten, die der Gesellschaftsvertrag bildet, eine klare Mehrheitsbildung in der Praxis oftmals illusorisch gemacht. Denn in vielen Fällen ist es der Verwaltung einer AG möglich, auf Grund der von ihr unmittelbar oder mittelbar beherrschten Aktiengattungen — der sogenannten Stimmrechts-[83], Vorrats- oder Schutzaktien — die Entscheidung in der Generalversammlung maßgebend zu beeinflussen.

Im Gegensatz zum Aktienrecht, das ein unentziehbares Stimmrecht kennt, sind die Vorschriften im Recht der GmbH durchaus dispositiver Natur (vgl. §§ 45, 47 GmbHG). Sie sind insofern mit dem Vereinsrecht identisch, als auch hier die Satzung beliebig bestimmen kann, welche Vorschriften für die Abstimmung gelten sollen. In Verfolg dieses Grundsatzes kann auch einzelnen Geschäftsanteilen das Stimmrecht gänzlich entzogen werden[84].

Aus dem Gedanken heraus, daß das Stimmrecht in der Mitglieder- bezw. Generalversammlung dem Willen des Stimmberechtigten als Person ausdrücken soll, folgt für das Recht des Vereins sowohl als auch für das der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, daß derjenige, der über ein mehrfaches Stimmrecht verfügt, in jedem Fall doch nur einheitlich abstimmen kann. Eine nichteinheitliche Stimmabgabe wäre ungültig[85].

§ 32 Abs. II BGB enthält die Bestimmung, daß auch ohne Versammlung gültige Beschlüsse gefaßt werden können, wenn die Mitglieder ihre Zustimmung schriftlich erklären.

Im Aktienrecht ist diese Möglichkeit nicht gegeben. Hier ist die Abhaltung einer Generalversammlung obligatorisch. Das ergibt sich schon aus § 260 HGB, nach dem alljährlich eine „ordentliche Generalversammlung" über die Jahresbilanz zu beschließen hat.

Anders dagegen im Recht der GmbH. Hier ist wie beim Vereinsrecht durch § 48 Abs. II GmbHG ausdrücklich schriftliche Einverständnis bezw. schriftliche Stimmabgabe vorgesehen.

Bei der OHG und KG enthält das Gesetz über die Form der durch die Gesellschafter zu fassenden Beschlüsse keine Bestimmungen. Die Beschlußfassung kann daher formlos erfolgen. Versammlungen sind nicht erforderlich, die Stimmabgabe kann schriftlich sein.

§ 33 Abs. I BGB verlangt bei Satzungsänderungen eine Dreiviertelmehrheit der in der Versammlung erschienenen Mitglieder. Darüber hinaus gilt bei Änderung des Vereinszweckes die Verschärfung, daß in diesem Fall sämtliche Mitglieder zustimmen müssen.

---

[83] Cosack S. 66 Nr. 3.

[84] Staub-Hach. Anm. 3 zu § 47.

[85] so RG. 118, 69, Staub-Pinner Anm. 3 zu § 252, Staub-Hach. Anm. 6 zu § 47, abweich.: Flechtheim in Bank-Arch. 28, 420, Wieland II, 233.

Allerdings kann dann schriftliche Zustimmungserklärung der nicht-erschienenen Mitglieder erfolgen.

Entsprechend dieser Vorschrift bestimmen die §§ 275, 274, (320) HGB, 53 GmbHG, daß auch Statutenänderungen bei der AG, KGaA und GmbH der qualifizierten Mehrheit bedürfen. Die Wichtigkeit eines Beschlusses auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens verlangt noch weitergehende Erfordernisse. Deshalb muß in solchen Fällen bei der AG die Mindestmehrheit drei Viertel des vertretenen Grundkapitals darstellen und das Statut kann nur noch schwerere Erfordernisse aufstellen (§ 275 Abs. II HGB).

Im GmbHG fehlt diese Bestimmung des Aktienrechts. Man wird hier mit Brodmann[86] diese Lücke dadurch ausfüllen, daß man den § 33 Abs. I BGB analog anwendet, also Einstimmigkeit verlangt. Andernfalls hätte der einzelne Gesellschafter keinen Schutz gegen eine vielleicht grundlegende Umgestaltung des Unternehmens.

Der Abs. II des § 33 BGB, der Vorschriften über Satzungsänderungen bei Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, enthält, hat für das Handelsgesellschaftsrecht keine Bedeutung.

Der Gedanke des § 34 BGB findet sich auch im Aktienrecht und im Recht der GmbH (§§ 252 Abs. II HGB, 47 GmbHG). Danach ist einem Mitglied bei einer Beschlußfassung dann das Stimmrecht genommen, wenn diese die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit dem Mitgliede oder die Einleitung oder die Erledigung eines Rechtsstreites zwischen Mitglied und Verein bezw. Gesellschaft betrifft.

Im Recht der OHG und der KG erübrigt sich eine solche Bestimmung, da sich hier schon aus allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen (§§ 157, 242 BGB) ergibt, daß ein Gesellschafter von der Teilnahme an solchen Abstimmungen ausgeschlossen ist, bei denen sein eigenes Interesse mit dem Gesellschaftsinteresse kollidiert[87].

§ 35 BGB bestimmt zwingend, daß Sonderrechte eines Mitgliedes nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden können.

Es ist unstreitig, daß der § 35 BGB auch auf das Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit Anwendung findet[88]. Sehr streitig ist dagegen in Literatur und Rechtsprechung, was überhaupt unter Sonderrechten zu verstehen ist. Einigkeit herrscht nur darüber, daß eine genaue Abgrenzung des Begriffs der Sonderrechte nicht möglich ist. Mit der herrschenden Lehre wird man die Ansicht vertreten müssen, daß Sonderrechte Rechte sein können,

[86] Brodmann, GmbH.-G. zu § 53.

[87] Wieland, I S. 578 Anm. 4, Dür.-Hach.-Flechtheim Anm. 2 zu § 119, Hachenburg in LZ. 1907, 460, abweich. Staub-Pinner Anm. 1 zu § 119.

[88] Staub-Pinner Anm. 9 zu § 250, Brodmann GmbHG. Anm. 2 zu § 45.

die einzelnen Mitgliedern vor andern (Vorrechte) oder allen, als allgemeine Mitgliedschaftsrechte zustehen. Welche von diesen Rechten Sonderrechte sind, muß im Einzelfall unter Beachtung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen aus Wesen und Zweck des betreffenden Vereins bzw. Gesellschaftsunternehmens abgeleitet werden [89].

Für OHG und KG ist die Vorschrift des § 35 BGB bei der normalen, d. h. der im Gesetz vorgesehenen Ausgestaltung des inneren Aufbaus bedeutungslos, da in diesem Fall grundsätzlich Einstimmigkeit der Gesellschafterbeschlüsse angeordnet ist (vgl. § 119 Abs. I HGB). Hat sich die in Betracht kommende Personalgesellschaft jedoch durch den Gesellschaftsvertrag eine dem Wesen nach korporative Verfassung gegeben, so ist es denkbar, daß auch hier Mitgliedschaftssonderrechte — nach der oben gegebenen Definition — entstehen können, deren spätere Beseitigung jeweils nur mit Zustimmung des betroffenen Mitglieds möglich ist.

§ 36 BGB schreibt zwingend vor, daß die Mitgliederversammlung in den durch die Satzung bestimmten Fällen, sowie dann zu berufen ist, wenn das Interesse des Vereins es erfordert.

Im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit finden wir entsprechende Vorschriften in §§ 253, Abs. II, 240 Abs. I, 246 Abs. II, (320, 325) HGB für AG und KGaA und in § 49 Abs. II, III GmbHG für die GmbH.

Da das Gesetz darüber schweigt, in welchen Fällen das „Interesse der Gesellschaft" die Einberufung fordert, war über die Bedeutung dieser Vorschrift im Anschluß an eine die AG betreffenden Entscheidung des Reichsgerichts [90] lebhafter Streit entstanden. Das Reichsgericht hatte den Standpunkt vertreten, daß die Verwaltung einer AG „sich vor Einlassung auf wichtige, kostspielige, riskante und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Maße berührende Unternehmungen der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern habe und ohnedies auf eigene Gefahr handele". Diese Entscheidung des Reichsgerichts ist mit Recht von der gesamten Literatur einhellig bekämpft worden, da als Folge der Anwendung dieser Grundsätze der gesamte Geschäftsbetrieb einer AG lahmgelegt würde [91]. Aber auch für das Gesellschaftsleben einer GmbH wäre die Verwirklichung dieses Satzes untragbar [92]. Ausnahmen hiervon könnten allenfalls für kleinere Gesellschaften mbH gelten, bei denen

[89] Staud. Anm. II, 1 zu § 35; Staub-Pinner Anm. 9 zu § 250; RG. 104, 255.

[90] vom 3. V. 1902, abgedruckt bei Holdheim 12, 197.

[91] Staub-Pinner Anm. 4 zu § 253.

[92] Feine in Ehrenbg. Hdb. 3, Bd. III. Abt. S. 535. Staub-Hach. Anm. 6 zu § 49.

wenige Gesellschafter vorhanden sind, die — wie die Gesellschafter einer OHG — in dauernder Verbindung miteinander stehen[93]. Im übrigen vertritt die heute herrschende Lehre den Standpunkt, daß die Einberufung einer Generalversammlung bzw. einer Gesellschafterversammlung dann zu geschehen hat, wenn „ungewöhnliche" Geschäfte vorzunehmen sind[94]. Von dieser Pflicht kann der Vorstand einer AG auch durch das Statut nicht befreit werden. Das ist in der Literatur nicht bestritten[95]. Wohl vertreten für das Recht der GmbH Staub-Hachenburg die gegenteilige Meinung[96]. Richtig dürfte aber hier die Ansicht Brodmanns sein[97], daß eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die dem Geschäftsführer das Recht gibt, die Versammlung auch dann nicht einzuberufen, wenn es erforderlich ist, nichtig ist[98]. Eine derartige Bestimmung widerspräche durchaus der in der genannten Vorschrift niedergelegten Absicht des Gesetzgebers, den Gesellschaftern Informations- und Widerspruchsmöglichkeiten gegen *solche* Maßnahmen des Geschäftsführers zu gewähren, die die Gesellschaftsinteressen einschneidend gefährden.

Im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 36 BGB steht der § 37 BGB, der in Abs. I einer Minderheit der Vereinsmitglieder das Recht gibt, die Berufung einer Versammlung zu verlangen und in Abs. II Bestimmungen darüber trifft, wie diese Mitgliederminderheit auch dann zu ihrem Recht kommen kann, wenn ihrem Verlangen nicht entsprochen wird.

Aus den §§ 36, 37 BGB, die zwingendes Recht enthalten, ergibt sich auch, daß die Institution der Mitgliederversammlung beim Verein durch die Satzung nicht beseitigt werden kann, obwohl der § 32 BGB — der die Grundlage für die Einrichtung der Versammlung bildet — dispositiv ist (vgl. § 40 BGB).

Das Minderheitsrecht des § 37 BGB findet sich auch entsprechend im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 254 Abs. I (§ 320 Abs. III) HGB, § 50 Abs. I GmbHG).

Die Wichtigkeit dieser Vorschrift für das Aktienrecht, die einer bestimmten Minderheit das Recht zur „Mitverwaltung" von sich aus gibt, ist so groß, daß die Unentziehbarkeit und Unbeschränkbarkeit dieses Rechts allgemein anerkannt wird[99]. Ohne diese Vorschrift wären die Aktionäre ausschließlich auf Mitwirkung in den „ordent-

[93] Brodmann, GmbHG., Anm. 2 a zu 9, 49.
[94] Staub-P. Anm. 4 zu § 253 u. die dort angeg. Literatur, abw. Fischer in Ehrenbg. Hdb. 3 Bd. I Abt. S. 189.
[95] Staub-P., a. a. O.
[96] Anm. 17 zu § 49.
[97] GmbHG. Anm. 2 c zu § 49.
[98] ebenso: Feine in Ehrenbg. Hdb. 3 Bd. III Abt. S. 535.
[99] Staub-P. Anm. 1 b zu § 254.

lichen" und in den Generalversammlungen angewiesen, die von den Gesellschaftsorganen einberufen werden.

Im Recht der GmbH ist dagegen die Möglichkeit gegeben, die Bestimmungen des § 50 GmbHG zu ändern oder auch gänzlich aufzuheben. Brodmann [100] will zwar auch den Teil des § 50 GmbHG, der allgemein den Gesellschaftern die Möglichkeit gibt, die Berufung einer Versammlung zu veranlassen, für zwingendes Recht angesehen wissen und er begründet das mit dem im vorstehenden für das Aktienrecht gesagten. Zweifellos wäre die Verwirklichung des Brodmannschen Gedankens sehr erfreulich, da nicht einzusehen ist, warum die Gesellschafter einer GmbH in diesen wichtigen Fragen schlechter gestellt sein sollen, als die Aktionäre einer AG. Trotzdem ist jedoch auf Grund der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift des § 45 Abs. II GmbHG die Annahme, § 50 GmbHG enthalte zwingendes Recht, nicht möglich [101]. Wie groß die Minderheit sein muß, die das Recht der Einberufung hat, kann danach bei der GmbH durch den Gesellschaftsvertrag beliebig geregelt werden.

Im Vereinsrecht kann die Satzung bestimmen, daß „ein Teil" der Mitglieder die Einberufung verlangen kann. Die Satzung kann also nicht vorschreiben, daß nur alle Mitglieder gemeinsam das Recht zur Einberufung haben sollen, wohl aber kann sie eine sonstige Zahl bestimmen oder aber auch einem einzigen Mitglied das Einberufungsrecht zuerkennen [102].

Die Vorschrift des § 254 HGB kann zugunsten der Aktionäre dahin eine Erleichterung durch die Satzung erfahren, daß der zur Einberufung erforderliche Aktienbesitz auch unter dem im Gesetz genannten Betrag von 1/20 des Grundkapitals bleiben kann (Satz 2 des § 254 HGB). Das fragliche Recht kann daher auch dem Aktionär zugestanden werden, der nur eine einzige Aktie besitzt. Im übrigen jedoch kann der Gesellschaftsvertrag geringere Anforderungen als die im Gesetz genannten nicht einführen [103].

4. Die Mitgliedschaft.

Bei der Mitgliedschaft zeigen sich unterscheidende Merkmale zwischen den Korporationen des bürgerlichen und des Handelsrechts einerseits und den Gesamthandshandelsgesellschaften andererseits in besonderem Maße. Es ist bereits auf S. 2 des Textes ausgeführt worden, daß die Veränderlichkeit des Personenbestandes ein

[100] Brodmann Anm. 5 zu § 50 GmbH.

[101] Vgl. auch RG. 68, 212.

[102] Staud. Anm. 7 zu § 37.

[103] so Staub-Pinner Anm. 4, 9 zu § 254, Brodmann, Akt.R. Anm. 1 a zu § 254, Goldschmit Akt.R. Anm. 1 zu § 254, Marcus bei Holdheim 15, 16, abw.: Nord, in Die Rechte des Aktionärs und die Folgen ihrer Verletzung.

wesentliches Merkmal des Vereins sowohl als auch der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit ist. Die Gesamthandshandelsgesellschaft hat aber normalerweise ständig denselben Mitgliederkreis — ihrem Wesen als Gesellschaft im eigentlichen Sinne entsprechend, — sie wird daher regelmäßig durch den Tod oder die Kündigung eines Gesellschafters oder durch den Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. (Ausnahme: für die KG der Fall des § 177 HGB).

Aus dieser verschiedenartigen Stellung der Mitglieder ergibt sich, daß die ergänzende Anwendung der die Mitgliedschaft betreffenden Vorschriften des Vereinsrechts für die Gesamthandshandelsgesellschaften grundsätzlich nicht in Frage kommen kann. OHG und KG unterliegen in dieser Hinsicht vielmehr den Sonderbestimmungen des Handelsrechts bzw. den ergänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft.

Der erste Satz des § 38 BGB bestimmt, daß die Mitgliedschaft zum Verein nicht übertragbar und nicht vererblich ist. Allerdings kann die Satzung hiervon abweichen, da die Vorschrift des § 38 dispositiv ist (vgl. § 40 BGB).

Im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit hat das Gesetz nur für die GmbH die ausdrückliche Bestimmung getroffen, daß die Mitgliedschaft übertragbar ist, indem es in § 15 GmbHG bestimmt, daß Geschäftsanteile veräußerlich und vererblich sind. Für das Aktienrecht erübrigten sich derartige grundsätzliche Bestimmungen, da der kapitalistische Charakter der AG und der KGaA eine übertragbarkeit der Mitgliedschaft in sich schloß. Da das Aktienrecht keinen Austritt des Mitgliedes als Person kennt[104], mußte die freie Veräußerlichkeit der Aktie und damit die übertragung des Mitgliedschaftsrechts das Korrelat dazu bilden. Für die Inhaberaktie liegt schon in der Rechtsnatur des Papiers die Begründung für seine freie übertragbarkeit. Für die Namensaktie kann zwar — auf Grund des § 222 HGB — die Satzung gewisse Voraussetzungen schaffen, an die die übertragbarkeit geknüpft werden kann. Aber auch bei diesen „vinkulierten Namensaktien" kann die übertragbarkeit nicht vollständig ausgeschlossen werden[105].

Aber auch im Recht der GmbH, in dem der Gesellschaftsvertrag — dem stärker individualistisch betonten Wesen der GmbH entsprechend — die übertragung der Geschäftsanteile und damit das Eindringen unerwünschter Mitglieder erschwerender gestalten kann, als es im Aktienrecht möglich ist, kann die Veräußerlichkeit nicht überhaupt ausgeschlossen werden[106].

[104] Staub-Pinner Anm. 22 zu § 292.

[105] so Brodmann Akt.R. Anm. 4 a zu § 222; Dür.-Hach.-Flechth. Anm. 7 zu § 222; Fischer, in Ehrenbg. Hdb. 3 Bd. III Abt. S. 144; die gegenteilige Ansicht vertreten: Staub-P. Anm. 4 zu § 222; Wieland I, S. 43.

[106] so Brodmann, GmbHG., Am. 5 zu § 15; vgl. auch RG. 49, 149.

Die Ansicht der herrschenden Lehre[107], die für die GmbH wie für die AG den Ausschluß der Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte durch das Statut verficht, steht im Widerspruch mit dem Gesetz, das nur von der Möglichkeit einer modifizierten Übertragung (Veräußerlichkeit) der Aktien (Geschäftsanteile) spricht.

§ 38 S. 2 BGB schließt für das Vereinsrecht — soweit die Satzung nichts anderes bestimmt — die Möglichkeit aus, die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte einem andern zu überlassen.

Sowohl für das Aktienrecht als auch für das Recht der GmbH gibt das Gesetz abweichende Vorschriften. In § 252 Abs. II HGB und in § 47 Abs. III GmbHG ist bestimmt, daß sich die Mitglieder bei der Stimmabgabe durch Bevollmächtigte vertreten lassen können. Für das Aktienrecht ist diese Vorschrift zwingend[108], für die GmbH kann der Gesellschaftsvertrag auf Grund des § 45 Abs. II GmbHG auch abweichende Bestimmungen treffen.

Der § 39 BGB regelt die Austrittsmöglichkeiten aus dem Verein. Auf Grund dieser zwingenden Vorschrift kann einem Mitglied der Austritt nicht unmöglich gemacht werden. Die Satzung kann höchstens bestimmen, daß der Austritt erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist möglich ist, deren Dauer zwei Jahre nicht übersteigen darf.

Im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit gibt es wie bereits erwähnt, Bestimmungen über das Austrittsrecht der Mitglieder nicht[109]. Derartige Bestimmungen erübrigen sich, weil die Handelskorporationen als Kapitalgesellschaften nicht das Mitglied als Person, sondern den mit der Mitgliedschaft verbundenen Kapitalbeitrag an sich fesseln wollen. Der Wechsel der Mitgliedschaft — der besonders für die AG durchaus Regelfall ist — vollzieht sich daher ausschließlich durch Übertragung des Kapitalanteils von dem alten auf das neue Mitglied, womit selbsttätig der Übergang aller Mitgliedschaftsrechte verbunden ist[110].

Im Recht der GmbH gibt es daneben noch eine Ausnahmeregelung. Wenn bei einer GmbH durch Gesellschaftsvertrag die Nachschußpflicht (§ 26 GmbHG) eingerichtet, jedoch nicht auf einen bestimmten Betrag beschränkt worden ist, so hat der Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen das Recht, der Gesellschaft seinen Geschäftsanteil zur Verfügung zu stellen (§ 27 GmbHG). Dies sogen. Abandon- oder Preisgaberecht bewirkt aber zunächst nichts an-

---

[107] Staub-Hach. Anm. 1 zu § 15; Feine in Ehrenbg. Hdb. 3. Bd. III. Abt. S. 107; Anm. 1 zu § 15, Liebmann-Saenger.

[108] Staub-Pinner Anm. 15 zu § 252, Brodmann Akt.R., Anm. 3a zu § 252.

[109] Staub-Pinner Anm. 2 zu § 222, Staub-Hab. Anm. 26 zu § 60, Fischer in Ehr. Hdb. 3. Bd. I. Abt. S. 383.

[110] Dür.-Hach.-Flecht. Anm. 2 zu Vorbem. zu § 222.

deres, als daß der preisgebende Gesellschafter seine Haftung auf die eingeforderten Nachschüsse auf den Geschäftsanteil beschränkt. Erst wenn die Veräußerung dieses Anteils stattgefunden hat, hört die Mitgliedschaft des betreffenden Gesellschafters auf.

Die Anwendung vereinsrechtlicher Regeln kommt also bei der Frage des Austritts für das Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht in Betracht. Eine solche Anwendung findet ebensowenig bei der Frage statt, ob eine Ausschlußmöglichkeit gegeben ist.

Im Vereinsrecht kann die Satzung über diese Frage Bestimmungen treffen. Fehlen solche Vorschriften, so kann die Ausschließung eines Mitgliedes nicht willkürlich, wohl aber dann erfolgen, wenn das Mitglied sich eine schwere Verletzung der Vereinspflichten hat zuschulden kommen lassen [111]. Die andere Meinung [112], daß bei Schweigen der Satzung ein Ausschluß überhaupt nicht möglich ist, würde — wie Enneccerus-Nipperdey mit Recht hervorheben [113] — mit einem geregelten Vereinsleben unverträglich sein.

Im Aktienrecht hat das Gesetz die Entziehung der Mitgliedschaft ausdrücklich geregelt. Sie ist nur in zwei Fällen möglich: In dem Fall der Kaduzierung (§ 219 HGB) und in dem der Amortisation (§ 227 HGB) der Aktie [114]. Die Amortisation kann außerdem nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist.

Dieselben beiden Möglichkeiten wie das Aktienrecht sieht auch das GmbHG vor. (Kaduzierung in § 21, Amortisation in § 34 GmbHG).

Darüber hinaus kann im Recht der GmbH durch die Satzung noch eine weitere Möglichkeit der Ausschließung der Gesellschafter geschaffen werden. Es ist die der §§ 140, 142 HGB. Diese Regelung setzt voraus, daß das Verhältnis der Gesellschafter der GmbH untereinander dem der Gesellschafter der OHG angeglichen ist. Nur in diesem Fall einer ausdrücklichen Reglung durch die Satzung ist die Möglichkeit einer derartigen Ausschließung gegeben. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so verbietet sich die Anwendung der Bestimmungen der §§ 140, 142 HGB. aus dem grundsätzlichen Wesensunterschied zwischen GmbH und OHG [115].

Im Recht der OHG und KG sind die Fälle, in denen ein Gesellschafter bzw. ein persönlich haftender Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, ausdrücklich geregelt. Es sind

[111] Staud. Anm. IV 2 zu § 35.
[112] Leonhard, Allg. Teil des BGB., § 39 II.
[113] I. Bd. Allg. Teil, § 105 Anm. 15, ebenso: v. Tuhr, I, S. 545.
[114] Staub-Pinner Anm. 22 zu § 212, Brodmann, Akt.R., Anm. 7 zu § 212.
[115] Feine in Ehr. Hdb. 3. Bd. III. Abt. S. 630; Staub-Hach. Einl. zu § 61.

dies die drei Möglichkeiten, die die §§ 140 Abs. I, 141 Abs. I und Abs. II enthalten. Da diese Vorschriften im allgemeinen keinen zwingenden Charakter haben, steht es den Gesellschaftern frei, im Gesellschaftsvertrage ganz oder teilweise auf das Ausschließungsrecht zu verzichten, oder es aber im Fall des § 140 HGB zu verschärfen. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag im letzteren Fall nur bis an die Grenze gehen, die durch Verbotsgesetze oder durch die guten Sitten bestimmt ist[116]. Er kann auch nicht im Fall des § 140 zur Ausschließung einen Beschluß der Gesellschafter für genügend erklären und den Rechtsweg dadurch ausschließen[117]. Insoweit ist die Vorschrift des § 140 zwingendes Recht.

Der § 40 BGB, der für das Vereinsrecht die Frage regelt, wann Gesetzesvorschriften zwingenden Charakter haben und wann sie durch die Satzung abgeändert werden können, hat für das Recht der Handelsgesellschaften keine Bedeutung.

5. Das Vermögen.

Der bürgerlich-rechtliche Verein wird im Regelfall ein eigenes Vereinsvermögen haben. Inhaber dieses Vereinsvermögens ist nicht — wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts — die Gesamtheit der Mitglieder, sondern das neben ihnen bestehende besondere Rechtssubjekt.

Für den Erwerb von Rechten zum Vereinsvermögen gelten grundsätzlich dieselben Vorschriften, wie bei natürlichen Personen. Landesrechtlich kann allerdings bestimmt werden, daß Erwerbsbeschränkungen eintreten können. (EGBGB Art. 86). So fordert Preußen für den Erwerb von über 5000 Mark, der auf Schenkung, Erbeseinsetzung oder Vermächtnis beruht, die staatliche Genehmigung. (Preuß. Ausf. Ges. z. BGB Art. 6, 7).

Die Handelsgesellschaften bedürfen, um ihre Tätigkeit ausüben zu können, stets eines eigenen Vermögens. Die Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit brauchen ein gewisses Vermögen — im Gegensatz zum Verein — bereits bei ihrer Gründung (vgl. auch Text S. 11).

Demgegenüber bedürfen OHG und KG nicht schon bei ihrer Errichtung eines eigenen Gesellschaftsvermögens, da dies nicht wesentliche Voraussetzung des Gesellschaftsvertrages ist[118]. Das gilt auch für die KG, obwohl bei deren Anmeldung zum Handelsregister die Bezeichnung der Kommanditisten und der Betrag der Einlage eines jeden von ihnen angegeben werden muß. (§ 162 HGB).

---

[116] RG. in Recht 1924, Nr. 661.

[117] Staub-Pinner Anm. 4 zu § 140, RG. 109, 82, abweich.: Dür.-Hach.-Flecht. Anm. 15 zu § 140.

[118] vgl. RG. 77, 226, 80, 268.

Trotzdem ist die Einlage als solche nicht notwendiges Erfordernis. Das Gesetz will nur, daß der Kommanditist erklärt, die Haftung bis zu einem bestimmten Betrag zu übernehmen, nicht aber, daß er wirklich einlegt[119].

Daß später, d. h. bei Ausübung des Handelsgewerbes durch die OHG oder die KG stets ein Vermögen auch vom Gesetzgeber als vorhanden angesehen wird, ergibt sich schon aus § 131 Z. 3 HGB. Danach wird die OHG, weil sie damit ihren Charakter als gewerbetreibende Handelsgesellschaft verliert, durch den Konkurs über ihr Gesellschaftsvermögen aufgelöst.

Die unterschiedliche Gestaltung im Aufbau und Zweck der Handelsgesellschaften bringt es mit sich, daß auch das Vermögensrecht verschiedenartig gebildet ist[120]. Bei der Handelsgesellschaft, die am extremsten kollektivistisch und kapitalistisch gestaltet ist — der AG — und die durch die große Zahl und die leichte Übertragbarkeit ihrer Kapitalanteile — der Aktien — dafür geschaffen ist, sich zum Zwecke der Kapitalanlage an die große Menge des Publikums zu wenden, ohne daß dieser eine Prüfung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft möglich ist, finden wir auch die ausgeprägtesten Vorschriften zur Erhaltung des Grundkapitals zum Schutz von Aktionären und Gläubigern (vgl. im einzelnen §§ 213, 215, dazu ergänzend §§ 241 Abs. III Z. 3, 261 Z. 5 HGB). Diese Bestimmungen sind zwingender Natur, sodaß sie einer Änderung durch den Gesellschaftsvertrag entzogen sind.

Die für die AG maßgeblichen Vermögensvorschriften, die der Erhaltung des Grundkapitals dienen, gelten entsprechend auch für das in Aktien zerlegte Grundkapital der KGaA (§ 320 Abs. III HGB).

Auch bei der GmbH, die auf der Grenze zwischen individualistischer und kapitalistischer Handelsgesellschaft steht und bei der grundsätzlich auch ein Mitgliederwechsel möglich ist, muß der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, daß das Stammkapital der Gesellschaft erhalten bleibt. Er erreicht dies durch Bestimmungen, die in ihren Grundgedanken mit den entsprechenden des Aktienrechts übereinstimmen (vgl. §§ 30, 31 GmbHG). Da das Gesetz die GmbH aber, ihren individualistischen Zügen Rechnung tragend, bei der Gründung nicht so stark bevormundet wie die AG, hat es andererseits dem Recht der GmbH eine Bestimmung eingefügt, die „das Gegengewicht" zu der erleichterten Gründung bildet[121] und die das Merkmal ist, das das Vermögensrecht der GmbH am deutlichsten von dem der AG scheidet. Es ist die Vorschrift des § 24 GmbHG, die eine Kollektivhaftung der Gesellschafter für das Stammkapital in gewissen Fällen vorsieht.

[119] Wieland, I, S. 758 Anm. 4 und S. 744.

[120] Staub-Hach. Einl. zu § 24.

[121] vgl. Wieland, I, S. 493 ff. „Gesellschaften mit beweglichen und Gesellsch. mit gebundenem Kapital".

Diese Bestimmung dürfte auch den größten Anreiz dafür bieten, in einer GmbH — im Gegensatz zu der stets unpersönlichen AG — eine gemeinsame Anteilnahme der Gesellschafter an den geschäftlichen Vorgängen und — daraus entspringend — einen persönlichen Konnex zu fördern, wie sie sonst nur bei der OHG vorhanden sind.

Diese starke Anteilnahme der Gesellschafter der OHG am Unternehmen, die ihren Ursprung in der unbedingten und unbeschränkten Haftung hat, ist auch der Grund dafür, daß der Gesetzgeber hier vermögensrechtliche Bestimmungen einengender oder kontrollierender Art überhaupt nicht geschaffen hat. Es wird von ihm mit Recht vorausgesetzt, daß die Gefahr, die jeder Gesellschafter einer OHG durch seine unbeschränkte Haftung läuft, gleichzeitig den Ansporn für eine intensive, nur im Interesse der Gesellschaft liegende Tätigkeit bildet. Eine Voraussetzung, die in diesem Maße schon nicht bei der GmbH erfüllt ist, überhaupt aber nicht bei der AG, bei deren Mitgliedern ein möglicher finanzieller Verlust sich stets in genau zu übersehenden Grenzen halten wird.

Das Gesellschaftsvermögen einer OHG steht regelmäßig — obwohl es ein „Sondervermögen" von ausgeprägter Eigenart und Geschlossenheit ist — (vgl. insbesondere § 124 HGB) zur freien Verfügung der Gesellschafter. Es könnte daher von ihnen für persönliche Zwecke angegriffen, sogar verbraucht werden, ohne daß ein Außenstehender Kenntnis hiervon zu erlangen brauchte [122].

Ebensowenig wie für die OHG gibt es für die KG gesetzliche Bestimmungen, die den Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen und die Verfügungsmöglichkeiten der persönlich haftenden Gesellschafter darüber einengen. „Dem Vermögen der KG fehlt die der AG und GmbH eigentümliche Bindung des Sondergutes" (Wieland [123]). Daraus ergibt sich, daß auch Rückzahlungen auf die von den Kommanditisten geleisteten Einlagen nicht widerrechtlich sind. Denn in diesem Fall tritt auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die unmittelbare Haftung der Kommanditisten den Gläubigern gegenüber bis zur Höhe der von ihnen übernommenen Einlage ein (§ 171 Abs. I HGB). Dadurch wird einer Gefahr für die Gläubiger vorgebeugt, die dadurch entstehen könnte, daß Teile des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter-Kommanditisten zurückgezahlt werden.

6. Die Auflösung.

(Gründe und Wirkungen.)

Das Wesen der Korporationen des bürgerlichen und des Handelsrechts, deren Gründung und deren Eintritt in die Rechtssphäre

[122] vgl. hierbei auch Wieland, I, S. 494, 495.
[123] a. a. O. S. 758 Anm. 4.

vom Staat überwacht werden, bringt es mit sich, daß ihnen zwar der Staat unter gewissen Voraussetzungen ihre Daseinsgrundlage wieder entziehen kann, daß sie aber andererseits in ihrem Bestand weit stärker gefestigt und in ihrer Existenz von dem Willen des Einzelmitgliedes weit unabhängiger sind, als die eigentlichen „Gesellschaften" des Handelsrechts. So sind denn auch — nach dem Vorbild der bürgerlichen Gesellschaft — die Möglichkeiten, die für die Auflösung einer Gesamthandshandelsgesellschaft bestehen, mannigfaltiger, als die, die bei den Handelskorporationen gegeben sind. Die Auflösungsmöglichkeiten sind auch, wie das dem Wesensunterschied der beiden „Gesellschafts"arten entspricht, im allgemeinen ihrem Charakter nach verschieden. Aber dennoch zeigen sich auch hinsichtlich der Auflösungsmöglichkeiten verwandte Züge. Dies soweit, als auch bei den Gesamthandshandelsgesellschaften die Geschlossenheit des Unternehmens und die eigenartige Gestaltung des Gesellschaftsvermögens als „Sondergut" ihre Annäherung an die juristischen Personen des Handelsrechts zeigt (vgl. auch S. 5, 6 des Textes). Daraus ergibt sich, daß einzelne Gedanken, die im Vereinsrecht der Regelung der Auflösung zugrunde liegen, sowohl auf die Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, als auch auf die Gesamthandshandelsgesellschaften Anwendung finden.

Der § 41 BGB bestimmt, daß der Verein durch Beschluß der Mitgliederversammlung aufgelöst werden kann, und zwar durch eine Dreiviertel-Mehrheit der erschienenen Mitglieder, wenn nicht die Satzung abweichende Vorschriften enthält. Bestimmt die Satzung, daß die Vereinsauflösung nach Ablauf einer gewissen Zeit erfolgen soll, so hat es dabei sein Bewenden.

Nach § 42 Abs. I BGB „verliert der Verein die Rechtsfähigkeit" durch die Eröffnung des Konkurses, Abs. II enthält Vorschriften darüber, wann die Konkurseröffnung zu beantragen ist.

Das BGB unterscheidet also in den §§ 41, 42 zwischen „Auflösung" und „Verlust der Rechtsfähigkeit". Diese Unterscheidung ist erst nachträglich von der Reichstagskommission eingeführt worden[124].

In der Literatur ist es bestritten, ob diese verschiedenartige Bezeichnung auch einen materiellen Unterschied enthält. Einzelne Schriftsteller haben sich dagegen ausgesprochen und die Unterscheidung als zwecklos bezeichnet[125]. Aus der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches muß jedoch entnommen werden, daß man zwischen der Auflösung, wie sie die Entwürfe in § 41 BGB einerseits und in §§ 42, 43 BGB andererseits sachlich unterschieden, auch *wörtlich* unterscheiden wollte. Denn die „Auflösung" der §§ 42, 43 BGB bedeutete hier *nicht* das Ende der Personenverbindung als sol-

[124] Staud. Anm. II zu § 41.
[125] so Cosack-Mitteis, I. Bd., S. 103.

cher[126]. So muß für das geltende Recht angenommen werden, daß allein die „Auflösung" des § 41 BGB den Fortfall der Personenverbindung mit sich bringt, während der Verlust der Rechtsfähigkeit auf Grund der §§ 42, 43 BGB dem Verein nach seinem Willen die Möglichkeit unbenommen läßt, als nicht rechtsfähiger Verein weiterzubestehen[127].

Das BGB hat einen Auflösungsgrund, der durch das Wesen des Vereins bedingt wird, nicht ausdrücklich festgelegt. Das ist der Fortfall *aller* Mitglieder, sei es durch freiwilliges Ausscheiden, durch Tod oder infolge anderer Umstände[128]. Dagegen ist es möglich, daß der Verein mit nur einem Mitglied weiterbesteht[129].

Die Gründe, die im Aktienrecht zur Auflösung der Gesellschaft führen, und die inhaltlich mit den §§ 41, 42 BGB übereinstimmen, sind in der Vorschrift des § 292 Abs. I HGB niedergelegt. Gegenüber dem BGB ergibt sich nur insofern ein Unterschied, als der Gesetzgeber — und dies gilt für die AG sowohl als auch für die GmbH — nur die „echte" Auflösung des § 41 BGB geregelt hat. Diese Regelung entspricht allein dem Wesen und Zweck dieser Handelskorporationen. Denn da sie — wie auch jede andere Handelsgesellschaft — nur an der Ausübung ihres Handelsgewerbes ein Interesse haben, nicht aber daran, ihre Mitglieder auch in der Gemeinschaft eines nichtrechtsfähigen Verbandes zusammenzuhalten, würde ihnen mit einem bloßen Verlust der Rechtsfähigkeit nicht gedient sein. Dieser nähme der Handelsgesellschaft doch die Möglichkeit, selbständig Rechte und Pflichten zu erwerben und entzöge ihr damit auch die Voraussetzungen zum Auftreten im Handelsverkehr.

Im Recht der GmbH finden sich die den §§ 41, 42 BGB entsprechenden Auflösungsgründe in § 60 GmbHG.

Der § 43 Abs. I BGB regelt die Entziehung der Rechtsfähigkeit des Vereins bei Gefährdung des Gemeinwohls unter gewissen Voraussetzungen.

Die Abs. II—IV des § 43 BGB regeln weitere Fälle der Entziehung der Rechtsfähigkeit. Da der Art. 124 RV, der die Bestimmung des Abs. II aufhob, durch die VO des Reichspräsidenten vom 6. 10. 1931 (3. VO zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen etc., 8. Teil, § 1) suspendiert worden ist, ist die Bestimmung des Abs. III des § 43 BGB wieder in Kraft getreten.

---

[126] vgl. Protokolle, I., S. 539, 576.

[127] Oertmann, I., Anm. 1 b zu § 42, Planck Anm. 1 zu § 41, RGR.-Komm. Anm. 1 zu § 42.

[128] O. v. Gierke, Dtsch. Pr. R., I., § 70, 6, Staud. Anm. III, 2 zu § 41, Ennecc.-Nipp., I, 1., § 106, I, 3., Planck, Anm. 3 c zu § 41, Oertmann Anm. 1 d zu § 41, abw.: Cosack-Mitt., I, S. 103.

[129] Staud. a. a. O. und die dort Angeführten.

Die Vorschriften der Abs. II und IV können aber für das Handelsgesellschaftsrecht keine Bedeutung haben, da die Handelsgesellschaften allen — wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen — Zwekken dienen dürfen, sofern diese nicht gesetzwidrig sind und da sie ihre Rechtsfähigkeit nicht durch staatliche Verleihung, sondern im Sinne des § 22 BGB auf Grund „besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften" erlangt haben.

Wohl aber kann der AG auf Grund der Bestimmungen des § 43 Abs. I und III BGB die Rechtsfähigkeit entzogen und damit ihre Auflösung herbeigeführt werden. Diese Auflösungsgründe gehören zu den vom Gesetzgeber in Abs. II des § 292 HGB nicht namentlich aufgeführten. Ihre Anwendbarkeit auf die AG ist nicht unbestritten. Einige Schriftsteller [130] verneinen die Möglichkeit der Anwendung des § 43 BGB überhaupt. Andere wollen wohl den Abs. I, nicht aber den Abs. III auf die AG anwenden [131]. Wieder andere sind mit uns der Ansicht, daß sowohl der Abs. I als auch der Abs. III des § 43 BGB im Aktienrecht anwendbar ist, und zwar aus dem in dieser Arbeit vertretenen Grundsatz, daß vereinsrechtliche Vorschriften immer dann im Aktienrecht anwendbar sind, wenn nicht aktienrechtliche Regeln selbst dies verbieten [132].

Die hier vertretene Ansicht führt dazu, den Art. 4 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum BGB vom 24. 9. 1899 für überflüssig zu erklären, da diese partikularrechtliche Regelung inhaltlich nichts von § 43 Abs. I BGB Abweichendes enthält [133].

In § 62 GmbHG hat der Gesetzgeber eine Sondervorschrift geschaffen, die inhaltlich dem § 43 Abs. I BGB entspricht, jedoch, insoweit von diesem abweichend, verlangt, daß die Gesellschafter „wissentlich" gesetzwidrige Beschlüsse der Geschäftsführer geschehen lassen. Dadurch schließt der § 62 GmbHG eine Anwendung des § 43 BGB für das Recht der GmbH aus.

Der für das Vereinsrecht geltende „ungeschriebene" Auflösungsgrund — der Verlust sämtlicher Mitglieder — hat auch für das Recht der AG und der GmbH Gültigkeit. Da es bei diesen Handelsgesellschaften kein Austrittsrecht der Mitglieder gibt, könnte ein solcher Fall durch Amortisation oder durch eigenen Erwerb sämtlicher Aktien bezw. Geschäftsanteile herbeigeführt werden. Es würde aber dem Wesen der Handelsgesellschaft ebenso wie dem des Vereins widersprechen, würde man der Ansicht sein, daß ein Fortbestehen gänzlich ohne Mitglieder möglich wäre. Auch die rein kapitalistische AG besteht schließlich doch nicht um ihrer selbst, sondern um ihrer Mitglie-

[130] Staub-Pinner Anm. 10 zu § 178, Anm. 16 zu § 292.
[131] Lehmann-Ring, I, Anm. 7 zu § 292.
[132] Brodmann, Akt.R. Anm. 6b zu § 292.
[133] ebenso v. Gierke und Lehmann-Ring, a. a. O.

der willen. Es herrscht auch darüber, daß ein Weiterbestehen der AG oder GmbH ohne alle Mitglieder eine Unmöglichkeit ist, in der Literatur Einigkeit[134]. Sehr umstritten ist aber, als was sich rechtlich eine solche Einziehung bezw. ein eigener Erwerb darstellt. Brodmann[135] sieht darin eine überhaupt unzulässige Maßnahme, die, falls sie doch vorgenommen würde, nichtig wäre. Andere[136] wollen hierin „mehr als eine Auflösung", nämlich einen Untergang der Gesellschaft sehen, da der juristischen Person die „persönliche Unterlage" fehle und das vorhandene Vermögen herrenloses Gut würde. Beide Konstruktionen erscheinen unnötig. Richtiger ist es vielmehr, in dem Beschluß, der auf Amortisation bezw. eigenen Erwerb der letzten Aktien oder Geschäftsanteile abzielt, den Beschluß auf Auflösung der Gesellschaft nach § 292 Z. 2 HGB bezw. § 60 Z. 2 GmbHG zu erblicken, da sich die Gesellschaft infolge Fortfalls des letzten Mitgliedes freiwillig der Möglichkeit begibt, als Körperschaft fortzubestehen[137].

Während, wie im vorstehenden gezeigt, die Auflösungsgründe bei AG und GmbH im wesentlichen denen des Vereinsrechts gleichen, regelt sich die Auflösung bei den Gesamthandshandelsgesellschaften zwar grundsätzlich nach dem Recht der bürgerlichen Gesellschaft, weicht aber doch in verschiedener Hinsicht davon ab. Zunächst muß jedoch noch bemerkt werden, daß auch die KGaA — obwohl juristische Person — bezüglich ihrer Auflösung dem Recht einer Gesamthandsgesellschaft, der KG, unterliegt.

Von den Auflösungsgründen, die für die bürgerliche Gesellschaft in Betracht kommen, gelten auch für OHG, KG und KGaA: Zeitablauf (§ 723 BGB, § 131 Z. 1 HGB), Kündigung (§ 723 BGB, § 131 Z. 6 HGB), Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB, § 131 Z. 4 HGB), Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728 BGB, § 131 Z. 5 HGB). Abweichend vom Gesellschaftsrecht des BGB und in Anlehnung an das Vereinsrecht und das Recht der AG und GmbH tritt für OHG, KG und KGaA die Auflösung ein, wenn der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet wird (§ 131 Z. 3 HGB). Schließlich sind verschiedene der Auflösungsgründe der bürgerlichen Gesellschaft für die Handelsgesellschaften erschwerend ausgestaltet: So ist die willkürliche Kündigung von seiten eines Gesellschafters hier an eine Frist gebunden (§ 132 HGB im Gegensatz zu § 723 BGB), bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann

---

[134] für die AG: Staub-Pinner Anm. 19 zu § 292, Brodm., Akt.R., Anm. 6c zu § 292, und die dort zit. Schriftsteller, für die GmbH.: Staub-Hach. Anm. 22 zu § 60, Brodmann, GmbHG., Anm. 2g zu § 33, Feine in Ehr. Hdb. 3 Bd. III Abt. S. 638

[135] a. a. O.

[136] Staub-Pinner, a. a. O., Staub-Hach., a. a. O.

[137] so Feine a. a. O.

die Kündigung der Gesellschaft nur durch gerichtlichen Entscheid ausgesprochen werden (§ 133 HGB im Gegensatz zu § 723 BGB) und endlich ist der Auflösungsgrund des § 726 BGB (Erreichung oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks) für das Handelsgesellschaftsrecht nicht anerkannt.

Die Abweichungen hinsichtlich der Auflösung, die sich für KG und KGaA ergeben, sind in deren eigenartigem Aufbau — Vorhandensein zweier verschiedener Gattungen von Mitgliedern — begründet. So hat der Tod eines Kommanditisten bei beiden Gesellschaften die Auflösung nicht zur Folge (§ 177 HGB). Darüber hinaus ist die Auflösung bei der KGaA in einigen weiteren Fällen eingeschränkt und weicht vom Recht der KG ab: Der Konkurs über das Vermögen eines Kommanditisten ist kein Auflösungsgrund (§ 330 Abs. II HGB), der Beschluß auf Auflösung der Gesellschaft bedarf der Zustimmung sämtlicher Komplementare und einer Dreiviertel-Mehrheit der Kommanditistenversammlung, das Recht der Kommanditisten, die Gesellschaft zu kündigen oder auf Auflösung zu klagen, kann nur von der Kommanditistenversammlung mit Dreiviertel-Mehrheit geltend gemacht werden.

Dieser überblick über die Auflösungsgründe zeigt, daß OHG, KG und KGaA in ihrem Bestand zwar weitaus gefestigter sind als die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, andererseits aber mehr Auflösungsmöglichkeiten bieten als GmbH oder AG. Es macht sich auch hier deutlich bemerkbar, daß in der Rechtsnatur der Handelsgesellschaften sich sowohl trennende als auch verbindende Merkmale zeigen und daß die Kette der Handelsgesellschaften sich nicht in zwei Gliederteile zerreißen läßt, sondern eine Stufenfolge der Gemeinschaftsformen bildet, wie im ersten Teil der vorliegenden Arbeit erläutert wurde.

§ 44 BGB regelt das Verfahren der Entziehung der Rechtsfähigkeit (§ 43 BGB) beim Verein. Diese Vorschrift findet auch im Aktienrecht Anwendung, wenn einer AG wegen einer der Fälle des § 43 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen und sie damit aufgelöst werden soll.

Für das Recht der GmbH kommt § 44 BGB ebensowenig wie § 43 BGB in Betracht, da die Sondervorschrift des § 62 GmbHG in Abs. II Bestimmungen über das Verfahren der Auflösung enthält.

Mit § 45 BGB beginnen die Vorschriften über die Wirkungen der Vereinsauflösung (§§ 45—53 BGB).

Diese Wirkungen können verschiedenartig sein, je nachdem, wem das Vereinsvermögen „anfällt". Fällt das Vereinsvermögen unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. III BGB an den Fiskus, so verliert der Verein seine juristische Persönlichkeit im Augenblick der Auflösung.

In allen übrigen Fällen des § 45 BGB muß zunächst eine Liquidation stattfinden. Die Liquidation hat zur Folge, daß der Verein mit seiner bisherigen Rechtspersönlichkeit *insoweit* fortdauert, als es die Zwecke der Liquidation erfordern (§ 49 Abs. II BGB).

Zweck der Liquidation ist die Abwicklung der laufenden Geschäfte, Umwandlung des Vermögens in Geld, Berichtigung der Schulden und Ausschüttung des Vermögensüberschusses an die Anfallberechtigten (§ 49 Abs. I BGB).

Auch die Handelsgesellschaften — und dies gilt für sämtliche fünf Arten in gleicher Weise — verlieren mit dem Augenblick der Auflösung *nicht* ihre bisherige Form. Sie stellen nur ihre werbende Tätigkeit ein und ändern den Zweck ihrer Gesellschaft in den der Liquidation um. Für diese Liquidation gilt genau dasselbe wie für die Vereinsliquidation. Hier wie dort endet die Körperschaft bezw. die Personengemeinschaft tatsächlich erst in dem Augenblick, in dem das restliche Vermögen verteilt und damit das letzte Band gelöst ist, das die Gesellschafter verbindet. Diese Gleichheit bezüglich der Wirkungen der Auflösung gibt die Erklärung dafür, daß wir mehrere Vorschriften über die Liquidation in gleicher Weise im Vereinsrecht wie im Recht der Handelsgesellschaften finden. Innerhalb der Handelsgesellschaften unterscheiden sich die Liquidationsvorschriften nur insoweit, als es der verschiedenartige Aufbau der Gesellschaften bedingt und dadurch, daß bei OHG und KG die Liquidationsvorschrift nachgiebigen Rechts ist, — dem Wesen dieser Vereinigungen als Gesellschaften mit beweglichem Kapital entsprechend (vgl. S. 35 des Textes) — durch Vereinbarung der Gesellschafter also andere Arten der Auseinandersetzung gewählt werden können (vgl. §§ 145, 158 HGB), während bei AG, KGaA und GmbH, bei denen im Interesse der Gläubiger das Gesellschaftsvermögen gebunden ist, die Vorschriften über die Liquidation zwingenden Rechts sind [138].

§ 48 BGB enthält Bestimmungen über die Person und die Rechtsstellung der Liquidatoren.

Die Vorschrift des § 48 Abs. I S. 1 BGB, daß die Vorstandsmitglieder in erster Linie die Liquidation wahrzunehmen haben, finden wir in gleicher Weise im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 295 HGB, § 66 GmbHG), ebenso im Recht der OHG und KG, wenn wir die Gesellschafter bezw. die persönlich haftenden Gesellschafter als „geborene" Vorstandsmitglieder ansehen (§ 146 HGB).

Wie im Vereinsrecht (§ 48 Abs. I S. 2 HGB) kann die Liquidation auch im Handelsgesellschaftsrecht durch „andere Personen" geschehen. Die Bestellung dieser Liquidatoren erfolgt im Vereinsrecht

[138] für die GmbH.: Feine in Ehrb. Hdb. 3. Bd. III. Abt. S. 646 für die AG.: Staub-Pinner Anm. 2 zu § 294.

allgemein nach den für die Vorstandsbestellung maßgebenden Regeln, im Recht der Handelsgesellschaften sind besondere Bestimmungen darüber getroffen.

Neben dieser Bestellung der Liquidatoren von Seiten des Vereins bezw. der Handelsgesellschaft finden wir im Handelsgesellschaftsrecht noch die Regelung, daß auf Antrag einer gewissen Mitgliederminderheit (bei der AG auch auf Antrag des Aufsichtsrats) in wichtigen Fällen die Ernennung von Liquidatoren auch durch das Gericht erfolgen kann. Solche Fälle können vorliegen, wenn innerhalb der Gesellschaft über die Person des anzustellenden oder angestellten Liquidators Meinungsverschiedenheiten entstehen. Das Recht der Minderheit, diese gerichtliche Ernennung zu beantragen, kann durch das Statut nicht eingeschränkt oder gar ausgeschlossen, wohl aber *zugunsten* der Minderheit ausgestaltet werden [139].

Während die gerichtliche Ernennung der Liquidatoren in wichtigen Fällen auf Antrag einer Minderheit ausdrücklich und ausschließlich im Handelsgesellschaftsrecht geregelt ist, gibt es noch eine zweite Art der gerichtlichen Ernennung, die *ausdrücklich* nur im Vereinsrecht erwähnt ist, deren Grundsätze aber auch im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit zur Anwendung gelangen [140]. Es ist die Vorschrift des § 29 BGB (i. V. mit § 48 Abs. I S. 2). Danach kann in dringenden Fällen, soweit die erforderlichen Liquidatoren fehlen, ihre Bestellung auf Antrag eines „Beteiligten" durch das Gericht erfolgen. Es kann also *hier* nicht nur eine Mitgliederminderheit, sondern auch ein Gläubiger die gerichtliche Ernennung beantragen [141]. Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 29 BGB auf OHG und KG ist nicht gegeben [142] (vgl. S. 18 des Textes). Sie ist auch bezüglich der Liquidation nicht erforderlich, da im Recht der OHG und KG bereits die Gesetzesregelung getroffen ist, daß der Antrag auf gerichtliche Ernennung durch jeden „Beteiligten" — also auch durch jeden Gläubiger — gestellt werden kann.

Die Rechtsstellung der Liquidatoren im Vereinsrecht ist eine im Gegensatz zu den Vorstandsmitgliedern eingeschränkte. Sie haben nur insoweit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, als der Liquidationszweck es erfordert [143] (§ 48 Abs. II, § 49 Abs. I S. 2 BGB), und können ihre Beschlüsse grundsätzlich nur einstimmig fassen (§ 48 Abs. III BGB).

[139] für die AG.: Brodmann, Akt.R., Anm. 4 zu § 295, für die GmbH.: Feine, a. a. O., S. 660, Brodmann, GmbHG., Anm. 2b zu § 66, abw.: Staub-Hach. Anm. 17 zu § 66.

[140] Staub-Pinner Anm. 8 zu § 295, Brodmann, Akt.R., Anm. 4e zu § 295, Feine, a. a. O., S. 660, Staub-Hach., Anm. 12 zu 66.

[141] s. die in Anm. 139 genannte Literatur.

[142] RG. in Recht 1917 Nr. 1219.

[143] Staud. Anm. V zu § 49, v. Tuhr, I, S. 567 Anm. 16, RGR.-Komm. Anm. 2 zu § 49.

Im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit fehlen Bestimmungen über die Beschlußfassung der Liquidatoren. Hier ist die vereinsrechtliche Vorschrift des § 48 Abs. III BGB anwendbar, nach dem eine Beschlußfassung einstimmig erfolgt[144]. Für die Liquidatoren sämtlicher Handelsgesellschaften — mit Ausnahme der GmbH — richtet sich der Geschäftskreis — das ist Umfang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis — nach den Vorschriften der §§ 149, 151, 153 HGB. Die Bestimmung des § 149 HGB findet sich mit annähernd gleichem Inhalt im Recht der GmbH (§ 70 GmbHG). Im Anschluß an diese Gesetzesbestimmungen ist es streitig geworden, wie weit die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren im einzelnen geht.

Die herrschende Lehre[145] geht von dem Gedanken aus, daß durch die Liquidation die werbende Tätigkeit der Handelsgesellschaft ein Ende gefunden habe und steht auf dem Standpunkt, daß demnach die Vertretungsmacht der Liquidatoren grundsätzlich nur soweit reiche, als sie Geschäfte tätigten, die dem Liquidationszweck dienten. Um aber für den Verkehr keine unerträgliche Unsicherheit zu schaffen, und um insbesondere den gutgläubigen Dritten, der mit der Liquidationsgesellschaft kontrahiere, zu schützen, soll nach dieser Ansicht ein Rechtsgeschäft auch dann gültig sein, wenn es nicht für den Dritten *erkennbar* liquidationswidrig war. Darüber hinaus will die herrschende Lehre auch solche Rechtsgeschäfte gültig werden lassen, die zwar nicht unter diesen Voraussetzungen getätigt worden sind, die aber nachträglich von den Gesellschaftern genehmigt werden. Diese Geschäfte seien also so anzusehen, als habe der Liquidator nur seine Vertretungsmacht überschritten.

Im Gegensatz zu der herrschenden Lehre vertreten Feine[146] und Brodmann[147] die Ansicht, daß die im Gesetz niedergelegten Liquidationsvorschriften die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht der Liquidatoren für alle Rechtsgeschäfte aussprächen. Die Rechtsstellung der Liquidatoren müsse grundsätzlich der Stellung der Vorstandsmitglieder bezw. der Geschäftsführer gleich sein.

Diese Meinung Brodmanns und Feine geht zu weit. Man wird nicht darum herum kommen können, daß die Gesellschaft, die sich in Liquidation befindet, sich doch in ihrem *Zweck* völlig von dem bisherigen unterscheidet. Wenn der Gesetzgeber ihr dann für diesen Zweck besondere Organe schuf und die Tätigkeit und die Rechtsstel-

---

[144] vgl. KG. in OLGR. 42, 223.

[145] Wieland, I, S. 694. Staub-Hach. Anm. 15 zu § 70, Scholz Anm. 2 zu § 70, Staub-Pinner Anm. 1 zu § 298, Anm. 2, 16 ff. zu § 149, Fischer in Ehrb. Hdb. 3. Bd. I. Abt. S. 406 ff., Dür.-Hach.-Flechth. Anm. 22 ff. zu § 149, Cosack S. 53.

[146] a. a. O., S. 651 ff.

[147] Akt.R. Anm. 1 d zu § 298, GmbHG. Anm. 2 zu § 70.

lung dieser Organe in besonderen Bestimmungen festlegte („innerhalb ihres Geschäftskreises"), so wird man zu dem Schluß kommen müssen, daß die Stellung dieser Organe auch durch den Zweck begrenzt ist. Man wird daher der herrschenden Lehre, die auch den Erfordernissen des Verkehrs weitgehend Rechnung trägt, beipflichten müssen.

Die §§ 50—53 BGB enthalten Bestimmungen zum Schutz der Vereinsgläubiger, die dadurch erforderlich werden, daß das der Befriedigung der Gläubiger dienende Vereinsvermögen durch die Liquidation gefährdet wird.

Diese Schutzmaßnahmen sind dreifacher Art:

1. Bekanntmachung der Liquidation und Aufforderung an die Gläubiger zur Meldung.
2. Die Sperre zur Auszahlung des überschüssigen Vermögens.
3. Die Haftung der Liquidatoren den Gläubigern gegenüber (§ 53 BGB).

(Die Haftung dem Verein gegenüber folgt schon aus § 48 Abs. II BGB).

Für die Gesamthandshandelsgesellschaften bedarf es entsprechender strenger Gläubigerschutzmaßnahmen n i c h t, da bei ihnen die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter bezw. der persönlich haftenden Gesellschafter fortdauert [148]. Es macht sich also auch im Stadium der Liquidation die Beweglichkeit und Ungebundenheit des Gesellschaftsvermögens geltend, die im 5. Abschnitt der Arbeit (s. S. 34 ff. des Textes) behandelt worden ist. Infolgedessen finden wir im Recht der OHG und KG keine der im Vereinsrecht zur Anwendung gelangenden Gläubigerschutzvorschriften.

Anders im Recht der Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei denen ein „unbewegliches" Gesellschaftsvermögen vorhanden ist (vgl. auch hierzu S. 34 ff. des Textes), das für die Gläubiger, da es genau wie beim Verein durch die Liquidation gefährdet werden kann, besonders gesichert werden muß.

So finden wir denn auch im Recht der Handelskorporationen die dem Vereinsrecht entsprechenden Gläubigerschutzvorschriften (vgl. im einzelnen: § 50 BGB — § 297 HGB — § 65 Abs. II GmbHG, §§ 51, 52 BGB — § 301 HGB — § 73 GmbHG, § 53 BGB — § 298 Abs. II i. V. mit § 241 HGB — § 73 Abs. III GmbHG).

Was im besonderen die Frage der Haftung der Liquidatoren anbelangt, so wird durch die vereinsrechtliche Regelung ihre generelle Haftung gegenüber Verein und Gläubigern ausgesprochen (§ 48 Abs. II i. V. mit § 26, § 53 BGB). Bei der AG und KGaA ergibt sich die grundsätzliche Haftung der Gesellschaft gegenüber aus § 298 i. V.

[148] vgl. ROHG. 5, 393, 13, 145.

mit § 241 HGB. Die Haftung den Gläubigern gegenüber ist danach aber auf die Fälle des § 241 Abs. III HGB beschränkt. Voraussetzung ist hier weiterhin, daß die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können(§ 241 Abs. IV HGB). Wieder abweichend hiervon ist im Recht der GmbH in § 73 Abs. III GmbHG die Anordnung getroffen, daß die Liquidatoren gegen Zuwiderhandlung gegen § 73 Abs. I und II GmbHG zum „Ersatz der verteilten Beträge solidarisch verpflichtet" sind. Daraus wird einhellig gefolgert [149], daß der Ersatzanspruch ausschließlich der Gesellschaft, nicht aber den Gläubigern zusteht. Die Gläubiger können gegebenenfalls nur dadurch Befriedigung erlangen, daß sie den Ersatzanspruch der GmbH pfänden und sich überweisen lassen.

Mit der Verteilung des Vermögensüberschusses enden Verein und Handelsgesellschaften. Wem das restliche Vermögen anfällt, bestimmt im Vereinsrecht § 45 BGB. Diese Vorschrift läßt verschiedene Möglichkeiten zu, je nachdem, ob die Satzung über die Anfallberechtigten Bestimmungen trifft oder nicht.

Im Recht der Handelsgesellschaften findet sich nur die Bestimmung, daß das restliche Vermögen an die Gesellschaftsmitglieder im Verhältnis ihrer Kapitalbeteiligung auszuzahlen ist (§§ 155, 300 HGB, 72 GmbHG).

Daß die Gesellschafter einer OHG oder KG aber auch in der Lage sind, jede andere Art der Vermögensverteilung vorzunehmen, ergibt sich schon aus § 145 HGB, der den Gesellschaftern überhaupt nach ihrer Vereinbarung *jede* Art der Auseinandersetzung gestattet.

Bei den Handelsgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit ergibt sich die Möglichkeit einer sonstigen Verwendung des Vermögensüberschusses nur, wenn man auf Grund des § 45 BGB eine entsprechende Statutenänderung für zulässig erachtet. Daß dies statthaft ist, wird allgemein bejaht [150].

Es bleibt zum Schluß noch die Frage zu erörtern, ob die Mitglieder eines in Liquidation befindlichen Vereins bezw. einer Handelsgesellschaft das Liquidationsverfahren wieder aufheben und den Verein bezw. die Handelsgesellschaft in ihrer alten Form fortführen können.

Für den Verein muß das verneint werden. Das BGB bestimmt ausdrücklich, daß der Verein nur „insoweit als fortbestehend gilt, als der Zweck der Liquidation es erfordert" (§ 49 Abs. II BGB). Re-

---

[149] so Brodmann, GmbHG., Anm. 3 zu § 73, Staub-Hach., Anm. 12, 16 zu § 73, Liebmann, Anm. 6 zu § 73, Scholz, Anm. 2 a zu § 73.

[150] Staub-Pinner Anm. 2 zu § 300, Staub-Hach., Anm. 10 zu § 72, Feine in Ehrb. Hdb. 3. Bd. III. Abt. S. 667, Brodmann, Akt.R., Anm. 3 b zu § 300.

geln, nach denen ein Wiederaufleben in der alten Form gegeben wäre, sind nicht vorhanden [151].

Für die OHG und KG hat die überwiegende Meinung schon seit längerer Zeit die Ansicht vertreten, daß die Gesellschaft nicht nur in dem ausdrücklich festgelegten Fall des § 144 HGB, sondern auch in allen andern Auflösungsfällen nach dem Willen der Gesellschafter fortgeführt werden kann [152].

Ausgehend von dieser Rechtslage bei der OHG hat das Kammergericht [153] sich auf den Standpunkt gestellt, daß gleiches auch für die GmbH gelten müsse. Dieser Entscheidung hat sich die neuere Literatur sowie das Reichsgericht angeschlossen [154]. Danach kann der Stand dieser Rechtslehre und Rechtsprechung dahin zusammengefaßt werden, daß eine GmbH während der ganzen Dauer des Liquidationsstadiums in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt werden kann, solange das Gesellschaftsvermögen noch nicht verteilt und damit die Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit erloschen ist. Dieselben Grundsätze gelten naturgemäß auch im Aktienrecht [155].

---

[151] Ebenso Oertmann Anm. 3 zu § 41, Wimpfheimer: Die Handelsgesellschaften usw. S. 124 ff.

[152] Staub-Pinner Anm. 1 zu § 144, Anm. 2, 3 zu § 131 u. die dort angeführte Literatur, ferner KHJ. 25 A 78, OLGR 44, 200, RG. 106, 63.

[153] Beschluß vom 5. 2. 1924 in JW. 1924 S. 640.

[154] Staub-Hach. Anm. 3 zu § 60, RG. 118, 137, ferner ausführlich: Scholz in ZfHR. 93, 73.

[155] Außer Scholz (s. Anm. 154): Brodmann, Akt.R., Anm. 1 a zu § 307, Bing in JW. 1928, S. 634, auch Staub-Pinner Anm. 1 ff. zu § 307.

III. Zusammenfassung.

Mit dem Abschnitt „Gründe und Wirkungen der Auflösung" sind wir am Ende unserer Untersuchungen angelangt.

Fassen wir nun noch einmal das Ergebnis der Untersuchungen des II. Teils kurz zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

Von den vereinsrechtlichen Normen des Bürgerlichen Rechts gelangt der Grundsatz der Haftung für zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen des Vorstandes (§ 31 BGB) bei allen Handelsgesellschaften zur Anwendung [156].

Die Vorschriften über die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung [157] (§ 32 Abs. I S. 1 BGB), über die Mitgliedssonderrechte [158] (§ 35 BGB), über die gerichtliche Ernennung [159] (§ 29 i. V. m. § 48 Abs. I S. 2 BGB) und über die Beschlußfassung der Liquidatoren [160] (§ 48 Abs. III BGB) finden im Recht der KGaA, GmbH und AG Anwendung. In besonderen Fällen kann der Grundsatz des § 35 BGB auch im Recht der Personalgesellschaften Bedeutung haben [161].

Nur im Recht der GmbH und der AG haben die Vorschriften über die Stellung des Vorstandes als gesetzlichen Vertreters Geltung [162] (§ 26 Abs. II S. 1 BGB), sowie u. U. die Bestimmung über die Geschäftsführung des Vorstandes [163] (§ 27 Abs. III BGB), ferner die Vorschriften über gerichtliche Ernennung von Vorstandsmitgliedern [164] (§ 29 BGB) und über die Stellung der „besonderen" Vertreter [165] (§ 30 BGB).

Ausschließlich im Aktienrecht gelangt schließlich die Bestimmung des Vereinsrechts über Entziehung der Rechtsfähigkeit und Verfahren hierbei [166] (§§ 43, 44 BGB) zur Anwendung.

---

156 S. 20 d. A.
157 S. 23 f. d. A.
158 S. 26 d. A.
159 S. 42 d. A.
160 S. 42 d. A.
161 S. 27 d. A.
162 S. 13 d. A.
163 S. 15 d. A.
164 S. 17 d. A.
165 S. 19 d. A.
166 S. 40 d. A.

Diese Katalogisierung zeigt noch einmal, daß eine „Gliederung" der Handelsgesellschaften in zwei scharf voneinander geschiedene Gruppen — die vereinsähnliche und die gesellschaftliche — nicht konsequent durchzuführen ist. Vielmehr ergibt sich auch hierbei deutlich die Stufenfolge der Gemeinschaftsformen, die die Handelsgesellschaften ihrer Rechtsnatur nach bilden und die zeigt, daß die Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Normen in dem Maße steigt, in dem sich die Personengemeinschaft (OHG) zur Gemeinschaftsperson (AG) emporentwickelt.

Alle anderen vereinsrechtlichen Normen gelangen im Recht der Handelsgesellschaften nicht zur Anwendung, weil sie teilweise nicht passen und zum andern Teil durch handelsrechtliche Sonderbestimmungen ausgeschaltet sind.

Zur ersteren Kategorie gehören die Vorschriften über die Erlangung der Rechtsfähigkeit bei idealen und wirtschaftlichen Vereinen (§§ 21—23 BGB), über die Satzungsänderung bei Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht (§ 33 Abs. II BGB), über das Austrittsrecht der Mitglieder (§ 39 BGB), über die Entziehung der Rechtsfähigkeit in den Fällen des § 43 Abs. II und IV BGB und über den Vermögensanfall an den Fiskus (§§ 45 Abs. III, 46 BGB).

Durch handelsrechtliche Sonderbestimmung sind ausgeschaltet die Vorschriften des Vereinsrechts über den Vereinssitz (§ 24 BGB), über die Satzung (§ 25 BGB), über die Notwendigkeit (§ 26 Abs. I S. 1 BGB) und über die Vertretungsmacht des Vorstandes (§ 26 Abs. II S. 2 BGB), über die Vorstandsbestellung (§ 27 Abs. I u. II BGB), über die Beschlußfassung des Vorstandes und die Abgabe einer Willenserklärung gegenüber dem Vorstande (§ 28 BGB), über das Zustandekommen eines Mitgliederbeschlusses (§ 32 Abs. I S. 2 u. 3, Abs. II BGB), über Satzungsänderungen (§ 33 Abs. I BGB), über das Stimmrecht (§ 34 BGB) und über die Berufung der Mitgliederversammlung (§§ 36, 37 BGB). Durch Sonderbestimmungen des Handelsrechts werden ferner ausgeschaltet die §§ 38 BGB (Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft), 41, 42 BGB (Auflösung und Verlust der Rechtsfähigkeit) und der größte Teil der Vorschriften über die Wirkungen der Auflösung (§§ 45 Abs. I u. II, 47, 48 Abs. I S. 1, Abs. II, 49—53 BGB).

Lassen sich auch — wie im einzelnen auf S. 6 ff. des Textes dargelegt — die Handelsgesellschaften in ihrer heutigen Struktur hinsichtlich ihrer Rechtsnatur nicht auf einen einheitlichen Nenner bringen, so haben doch die vorliegenden Untersuchungen gezeigt, daß es willkürlich ist, die für ihren praktischen Zweck im Aufbau verschieden gestalteten Handelsunternehmen auch bezüglich ihrer Rechtsnatur in zwei völlig unterschiedliche Gruppen zu zerlegen. Daß diese Meinung in vielen Punkten der „Einheit der Handelsunternehmen" und auch der Rechtsanwendung nicht mehr gerecht wird — dies zu zeigen war Zweck der Arbeit.